UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE

ET APRÈS LE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Samedi 14 novembre 1903, à une heure et demie

PAR

André MISSET

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. TISSIER, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. ROUX, PROFESSEUR.
M. EUG. GAUDEMET, AGRÉGÉ.

DIJON
LIBRAIRIE L. VENOT
1, place d'Armes, 1
—
1903

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE

ET APRÈS LE DIVORCE

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE

ET APRÈS LE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le Samedi 14 novembre 1903, à une heure et demie

PAR

André MISSET

SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. TISSIER, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. ROUX, PROFESSEUR.
M. EUG. GAUDEMET, AGRÉGÉ.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

DIJON
LIBRAIRIE L. VENOT
1, place d'Armes, 1
—
1903

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

PENDANT L'INSTANCE EN DIVORCE

ET APRÈS LE DIVORCE

INTRODUCTION

Le divorce a eu de tout temps ses adversaires passionnés et ses défenseurs convaincus. Nous n'avons pas à examiner ici les nombreux arguments qui ont été développés de part et d'autre; en nous proposant de rechercher quelles modifications le divorce est susceptible d'apporter à la puissance paternelle telle qu'elle existe pendant le mariage, nous voulons seulement prendre comme un fait l'institution elle-même et, sur ce point spécial, en dégager les conséquences juridiques à l'égard des parents, et des tiers les plus directement intéressés : les enfants issus du mariage et qui, incontestablement, auront à souffrir des suites de sa rupture dans leurs intérêts moraux et matériels.

Il est cependant une objection que nous ne saurions passer sous silence. Aussi bien, c'est l'une des plus graves qui aient jamais été fournies contre l'institution du divorce, et elle se rattache trop intimement à notre étude pour que nous n'en disions pas quelques mots : nous voulons parler de l'intérêt des enfants.

Par le fait même du mariage, les époux ont contracté l'obligation d'élever suivant leur condition sociale les enfants qui naîtront de leur union. La dissolution du mariage va leur rendre plus difficile l'accomplissement de cette obligation dont il semble qu'ils n'aient pas le droit de se dégager. Le divorce va disperser la famille, séparer les enfants de l'un de leurs parents : ballottés souvent d'un époux à l'autre, ils vont servir de prétexte pour rallumer des haines mal éteintes ; ou bien, confiés à un étranger, ils manqueront des soins et de l'affection qui leur sont nécessaires. Une nouvelle famille va peut-être se créer, où ils ne recevront d'autres enseignements que ceux du ressentiment et de la haine...

Nous ne nions pas la force de ces objections ; mais il nous faut remarquer que la triste situation des enfants n'est pas la conséquence du divorce. Elle est née du désaccord des époux et dès lors leur intérêt est compromis : à ce moment de crise, il n'est plus question de réconciliation ou de rupture, mais d'un mode de rupture ou d'un autre. Et qu'on ne fasse pas valoir contre le divorce cette scission de la famille qui va séparer les enfants, soit du père, soit de la mère, qui va répartir des frères et des sœurs entre deux foyers ; ces maux qui ne sont que trop réels, ce n'est pas le divorce qui les a créés ; ils existent presque tous au cas de secondes noces, comme au cas de divorce, et la séparation de corps n'y sert pas plus de remède que lui. Non, cette triste situation des enfants c'est le désaccord des parents qui en est l'origine, et qu'on admette le divorce ou seulement la séparation, les enfants n'en souffriront pas moins. « Certes, le sort des enfants est déplorable, disait M. de Marcère, dans son rapport au Sénat, et le législateur, soit qu'il adopte le divorce, soit qu'il s'en tienne à la séparation de corps, ne peut que les plaindre ; mais entre ces deux procédés de rupture il n'y a pas pour eux de préférence, car dans tous les cas leur sort est pareil.

Encore des moralistes en grand nombre préfèrent-ils pour eux la situation d'enfants d'époux divorcés. »

C'est aussi notre avis. Certes, le divorce n'est pas un bien; c'est le remède d'un mal, a-t-on dit. Mais encore faut-il ne pas prétendre que le remède soit pire que le mal...

Quoi qu'il en soit, à toutes les époques où il fut question du rétablissement du divorce, l'attention du législateur avait été appelée sur la malheureuse situation des enfants. Seul le droit intermédiaire témoigne, dans certaines dispositions de la loi de 1792, de sa sollicitude pour « ces êtres innocents des fautes de leurs pères. »

Le Code Civil, averti par ces précédents, aurait dû donner des réponses nettes et formelles aux questions si délicates qui s'élèvent à propos de la condition des enfants après le divorce. Il ne l'a pas fait, il n'a même pas suivi les principes posés par le droit intermédiaire; il n'a rien dit de la question capitale, qui domine toute la matière, celle de l'exercice de la puissance paternelle. A qui incombera le droit de correction? A qui reviendront l'administration et la jouissance légales? Qui aura le droit de statuer sur les différentes autorisations dont l'incapable doit se munir en vue de son mariage, de son adoption, de son engagement dans l'armée? A qui appartiendra le droit d'émancipation? Seule la garde a été prévue et organisée, d'une façon bien incomplète d'ailleurs.

Lorsqu'en 1884, le divorce fut rétabli dans nos lois, le législateur n'avait pu ne pas entendre l'écho des discussions qui avaient eu lieu un peu partout. Le sort des enfants était l'objet des préoccupations unanimes; dans la presse et dans le roman, au théâtre et à la chaire, partout on avait présenté de sombres tableaux de la situation des enfants après le divorce.

Et cependant le législateur de 1884 a fait preuve de la même négligence que son prédécesseur. Devant les criti-

ques qui lui étaient adressées, il avait le devoir de régler avec le plus grand soin et la plus grande précision tout ce qui concerne les enfants des époux divorcés. Il n'a rien prévu. A peine avons-nous un texte sur l'attribution de la garde, un autre sur la jouissance légale, un article tout récent sur le consentement à mariage. Nous ne savons rien sur les autres attributs de la puissance paternelle, et nulle matière n'est plus féconde en discussions. La jurisprudence flotte au gré des faits et hésite, jusqu'à présent, à construire une théorie générale.

Mais surtout le législateur aurait dû prévoir la situation issue du désaccord des parents et où la mère, naguère soumise elle-même à l'autorité maritale, est en droit de regarder son ancien mari en égale et d'opposer sa volonté à la sienne? Quel va être le sort des enfants dans cette situation si nouvelle pour eux? Comment délimiter le champ d'action du père et de la mère, qui vont avoir à continuer séparément l'œuvre jadis commune?

C'est précisément en quoi va consister toute notre étude. Nous allons, dans une première partie, étudier la solution du problème dans l'Histoire; puis, au début d'une seconde partie, réservée à l'étude détaillée des différents attributs de la puissance paternelle, nous envisagerons telle que la loi l'a créée, ou plutôt sanctionnée dans le mariage, la puissance paternelle elle-même et nous verrons ce qu'elle devient quand le mariage a disparu.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

Droit romain.

A. — *Origines.* — Dans le droit romain primitif, la puissance paternelle est absolument sans limites ; organisée non dans un but de protection pour l'enfant, mais dans l'intérêt exclusif du père, elle lui appartient sans partage.

Le *paterfamilias* exerce son autorité absolue sur tous les membres de l'association familiale, sur sa femme, sur ses enfants et petits-enfants, sur les femmes de ses enfants (1). C'est cette idée de *patria potestas* qui sert de fondement à la famille romaine. Seul, le *paterfamilias* possède la garde et l'éducation de ses enfants. Si l'enfant a été enlevé de la maison paternelle, le père a différents moyens à sa disposition pour se le faire restituer: si la personne qui détient l'enfant lui dénie sa qualité de *paterfamilias*, il intente la *rei vindicatio* (2); l'enfant est

---

(1) Dans le cas, du moins, de mariage *cum manu*.

(2) Gaius, I, 134. — Loi 1, § 2, Dig., *De rei vind.*, VI, 1. — Accarias, *Précis de Droit romain*, nos 952 et 795.

ainsi assimilé aux choses que le père possède *ex jure Quiritum*. Dans le cas contraire, lorsque l'enfant est aux mains d'un tiers qui ne nie pas sa qualité, le père a contre lui un interdit *de liberis exhibendis et ducendis*, que l'édit du préteur lui accorde dès la plus haute antiquité (1). Si enfin, le père rencontrait de la résistance auprès de l'enfant lui-même, ce magistrat statuait *extra ordinem* et reconnaissait les droits du *pater* dans un *præjudicium*.

Jamais la mère ne possède la moindre parcelle de ce pouvoir; dans le cas de *conventio in manum*, elle est subordonnée à son mari au même titre que ses enfants, elle est réputée être à son égard *loco filiæ ;* elle est considérée comme la sœur de ses enfants : *loco sororis* (2). Si le mariage avait lieu *sine manu*, elle était encore plus étrangère à ses enfants, restant toujours attachée à sa famille d'origine.

On comprend, après ce rapide aperçu de la famille romaine, que le divorce ne pouvait avoir, à cette époque lointaine, aucune influence sur la *patria potestas*, et que les principes que nous venons de rappeler recevaient leur application après comme pendant le mariage. Aucune modification n'était apportée à la situation des enfants par ce mode de dissolution du lien matrimonial. Il ne pouvait être question de donner, après le divorce, des droits sur ses enfants à la mère qui, pendant le mariage, n'avait sur eux aucune parcelle de l'autorité domestique. Logiquement il devait en être ainsi ; la *patria potestas* devait demeurer intacte entre les mains du père (3).

---

(1) Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 131. — Voy. loi 3, § 1, Dig., XLIII, 30.

(2) Gaius, III, 14.

(3) Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 129 et suiv. — Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 126.

B. — *De l'époque classique à Justinien.* — A l'époque classique, les règles sur la puissance paternelle s'adoucissent. En droit, le père possède bien encore toutes les actions que nous venons de passer en revue, mais en fait le pouvoir arbitraire des magistrats se faisait sentir même en cette matière, et intervenait, au moyen d'exceptions, pour réprimer les abus de la puissance paternelle.

Lorsque l'enfant est impubère et que le père exerce l'interdit *de libero ducendo*, ou que le magistrat est saisi *extra ordinem*, ce dernier doit, suivant les cas, statuer immédiatement ou différer sa sentence jusqu'à l'époque de la puberté. Il rend immédiatement sa sentence, si celui qui se dit *paterfamilias* est un homme de bonnes mœurs et son adversaire un individu de mauvais renom : *humilis, calumniator, notæ nequitiæ ;* il doit également ne pas différer de se prononcer lorsque le défendeur est d'une honorabilité connue et le père *turpis persona ;* si enfin ils sont tous les deux sujets à caution, le magistrat doit désigner un tiers à qui sera confié l'enfant jusqu'à l'âge de la puberté (1).

Mais l'interdit serait refusé au père si l'enfant est pubère et réside de son plein gré chez un tiers, à moins que ce dernier ne se prétende également le *paterfamilias* de l'enfant (2).

En même temps que s'accomplissaient ces réformes, on commençait à reconnaître que le lien naturel qui rattache l'enfant à la mère devait produire certains effets. Primitivement, au cas de divorce, si la mère avait enlevé ses enfants, le père avait également contre elle l'interdit *de liberis exhibendis et ducendis ;* et nous ne trouvons, dans les textes, aucun moyen permettant à la femme de résister à la prétention du *paterfamilias*.

---

(1) Loi 3, § 4, Dig., *De lib. exhib.*, XLIII, 30.
(2) Loi 5, Dig., *De lib. exhib.*, XLIII, 30.

Un décret d'Antonin le Pieux, confirmé par des rescrits de Marc Aurèle et de Septime Sévère, accorde formellement à la mère le droit d'opposer une exception à son mari, pourvu qu'elle prouve l'existence de justes motifs de son refus (1). Grâce à cette exception qui lui est accordée *cognita causa et ob nequetiam patris* (2), le préteur peut lui permettre de conserver ses enfants avec elle.

Ces textes supposent le cas où la possession des enfants appartient en fait à la mère. Si le père veut les lui reprendre, elle lui oppose une exception. Mais l'hypothèse où la mère demanderait la garde de ses enfants n'est pas prévue ; peut-être devait-elle user de la voie extraordinaire ? Il nous faut noter la décision importante contenue dans le second de ces textes : la mère conservera la garde de ses enfants *sine deminutione patriæ potestatis ;* le père, à qui la garde était enlevée conservait néanmoins tous les autres attributs de la puissance paternelle. Le législateur romain tranchait ainsi une des questions les plus délicates de la matière du divorce, question qui n'a pas été résolue dans notre droit moderne.

Une constitution de Dioclétien et Maximin, en 293, accorde au juge le pouvoir de donner la garde des enfants à celui des deux époux qu'il juge à propos (3) ;

---

(1) Loi 1, § 3, Dig., *De lib. exhib.*, XLIII, 30. — *Si vero mater sit, quæ retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa, et divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est : æque subveniendum ei erit per exceptionem.*

(2) Loi 3, § 5, Dig., *De lib. exhib.*, XLIII, 30. — *Etiamsi maxime autem probet filium pater in sua potestate esse : tamen, causa cognita, mater in retinendo eo potior erit ; idque decretis divi Pii quibusdam continetur ; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriæ potestatis apud eam filius moretur.*

(3) Loi 1, Code, *Div. fac.*, V, 24. — «..... *Competens tamen judex æstimabit utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separati filii morari ac nutriri debeant.* »

et pour se décider, il ne doit considérer que l'intérêt des enfants. En outre, on ne distingue pas suivant que le père avait ou non conservé la possession.

C. — *Droit de Justinien.* — Justinien introduisit dans cette législation des innovations importantes (1).

En principe, l'enfant doit toujours être confié à l'époux innocent ; mais quand la garde est donnée à la mère, le père doit pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants ; cette charge n'incombe à la mère qu'au cas d'indigence du père. Au cas de second mariage, la mère perd la garde de ses enfants.

Justinien prévoit également le cas où les deux époux seront coupables ; il décide que le juge désignera un tiers auquel il confiera la garde des enfants et les époux contribueront l'un et l'autre aux frais d'entretien de ces derniers.

---

(1) Novelle, CXVIII, chap. 7 et 10.

CHAPITRE II

L'ancien droit et le droit intermédiaire.

Sous l'influence du christianisme, le divorce devint de plus en plus rare, et le Concile de Trente acheva l'œuvre commencée en mettant fin à la controverse qui s'était élevée dans l'Église elle-même au sujet du divorce. Dans son canon septième il proclama d'une façon absolue l'indissolubilité du mariage ; désormais la seule voie ouverte aux époux malheureux fut la « séparation d'habitation ».

Les jurisconsultes ne nous disent rien du sort des enfants ; nous savons seulement que le juge s'inspire toujours du texte de Justinien et attribue la garde de l'enfant à l'époux innocent. Du reste, dans le droit coutumier pas plus qu'à Rome, il ne pouvait être question d'enlever au père ses droits de puissance ; mais ici, le motif est différent ; on considère en effet que la séparation n'est qu'un relâchement du lien conjugal et ne consiste que dans la dispense d'habiter en commun ; mais le mariage subsiste et continue à produire tous ses effets.

La loi du 20 septembre 1792 vint rétablir le divorce ; comme la plupart des lois de la période révolutionnaire, née d'une réaction violente, elle pécha par son exagération. Mais elle avait le grand mérite de régler avec sollicitude le sort des enfants.

Outre le divorce pour causes déterminées, la loi admettait, comme pouvant également donner lieu au

divorce, le consentement mutuel et l'incompatibilité d'humeur. Dans ces deux derniers cas, les enfants au-dessous de sept ans étaient confiés à la mère. Arrivés à l'âge de sept ans, les garçons étaient remis au père, les filles restaient à la mère. Néanmoins, les père et mère pouvaient faire tout autre arrangement à ce sujet (1).

L'idée d'où a procédé cette réglementation était fort juste : on considérait qu'avant l'âge de sept ans les enfants ont surtout besoin des soins de leur mère. Mais la loi avait le tort de parler impérativement au juge au lieu de lui laisser un pouvoir d'appréciation indispensable en pareille matière. On peut faire une autre critique : à sept ans, les garçons changeront forcément de gardien ; il est à craindre que le père ne s'efforce de prendre le contre pied de l'œuvre de la mère et qu'il n'en résulte une grave perturbation dans l'éducation des enfants.

Lorsque le divorce avait été prononcé pour causes déterminées, une assemblée de famille décidait auquel des deux époux devaient être confiés les enfants (§ IV, art. 2.) Cette assemblée de famille était composée de trois parents ou amis désignés par le mari, et d'un égal nombre désignés par la femme. Elle pouvait aussi (arg. art. 5) au cas où ni l'un ni l'autre des parents ne lui paraissait digne d'avoir la garde, les confier à une tierce personne.

Lorsque l'un des parents venait à se remarier, c'était également les arbitres de la famille qui devaient décider s'il fallait lui retirer la garde des enfants et qui étaient appelés à désigner un nouveau gardien.

Enfin, l'art. 9 leur donnait un pouvoir qui nous montre que le législateur de 1792 ne s'était pas seulement occupé de la garde des enfants mais aussi de l'attri-

---

(1) Loi du 20 septembre 1792, § 4, art. 1er.

bution de la puissance paternelle elle-même, que l'on ne regardait pas du tout comme une prérogative absolue du père. Cette même assemblée de famille devait, en effet, s'occuper des questions relatives à l'éducation, aux droits des enfants, à leurs intérêts pécuniaires, questions qui ont été laissées de côté par le législateur moderne et sont aujourd'hui la source de controverses interminables.

Que les enfants aient été confiés à l'un des époux seul, à l'un et à l'autre ou à un tiers, les parents n'étaient pas déliés de l'obligation de contribuer à leur entretien et éducation en proportion de leurs facultés (art. 5).

Le Code Civil qui, sur certains points, vint améliorer cette législation, réglementa le sort des enfants d'une manière plus incomplète encore.

Ses dispositions qui, pour la plupart, ont été reproduites par la loi du 24 juillet 1884, n'étaient relatives qu'aux mesures provisoires pendant l'instance et à l'attribution de la garde après le jugement de divorce. Mais le législateur ne s'était pas prononcé, sauf en ce qui concerne la jouissance légale (art. 386 C. Civ.), sur les autres attributs de la puissance paternelle.

Nous aurons à étudier toutes ces dispositions en détail, il n'est donc pas nécessaire de les analyser ici.

Rappelons seulement que le Code de 1804 admettait le divorce par consentement mutuel, et que l'art. 280 décidait, dans son § 1er, que les époux devaient constater par écrit leur accord sur le point de savoir « à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ».

En outre, l'art. 305 attribuait, dans ce cas, aux enfants, une partie de la fortune paternelle et maternelle : « Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage ; les père et mère conser-

veront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère ».

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

CHAPITRE PREMIER

Caractères généraux de la puissance paternelle.

Le problème que nous nous sommes posé en abordant cette étude consiste à savoir ce que devient la puissance paternelle après le divorce. La dissolution du mariage par le divorce apporte-t-elle un changement quelconque aux règles admises en matière de puissance paternelle durant le mariage ?

Cette question de principe n'a pas été l'objet d'une disposition formelle de la part du législateur de 1884, pas plus que de celui de 1804 ou de 1792. Le Code Civil n'a statué que sur le droit de garde, mais n'a pas tranché la question de savoir ce que devenait la puissance paternelle.

Il nous semble que le problème ainsi posé ne pourra être résolu que lorsque nous aurons donné une réponse à une autre question qui le domine tout entier : quels sont, dans notre droit moderne, le fondement et les caractères des pouvoirs accordés au père ?

C'est ce qu'il nous faut rechercher tout d'abord.

La *patria potestas* romaine, nous l'avons vu, était une institution plus politique que civile et allait à l'encontre de la plupart des données naturelles. Elle constituait pour le père un droit établi dans son intérêt exclusif et auquel la mère n'avait aucune part, courbée qu'elle était, comme ses enfants, sous l'autorité du chef de la famille. Ce droit subsista, avec les mêmes caractères, à toutes les périodes du droit romain, tempéré seulement par les mœurs, et adouci dans ses conséquences ; et cette conception s'est naturellement transmise dans les pays de droit écrit lors de la diffusion des idées et de la législation romaines.

Dans nos pays de coutume, la famille n'est constituée que par les liens du sang et non par la volonté de son chef; le rôle politique de la famille et du père de famille a disparu. L'autorité du chef de famille n'est plus une dictature à son profit, mais un pouvoir de protection et de surveillance sur ceux que leur âge rend incapables de se gouverner. C'est en ce sens qu'il faut entendre la maxime coutumière : « droit de puissance paternelle n'a lieu » ; elle exprime non pas que les parents n'ont plus d'autorité sur leurs enfants, mais que leur pouvoir est devenu tout autre. Le chef de famille n'est plus un maître, il est un protecteur; il n'a plus sur ses enfants qu'un pouvoir de surveillance et de direction. Par suite, l'autorité paternelle n'est plus un droit que le père exerce dans son propre intérêt ; c'est une mission qu'il remplit dans l'intérêt de l'enfant, et qui n'a plus pour fondement le droit du père mais celui de l'enfant. « En d'autres termes, elle est le mode d'exécution d'un devoir, du devoir d'éducation que la nature impose au père, du devoir de paternité.... On peut la définir ainsi : elle est l'ensemble des pouvoirs reconnus nécessaires à l'accomplissement des devoirs de paternité (1). » Pothier, analy-

(1) Beudant, *Cours de Droit civil français*, t. II, §§ 694 et 695.

sant les éléments de cette autorité, n'y reconnaissait plus que deux choses : le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens — le droit qu'ils ont d'exiger d'eux certains devoirs de respect et de reconnaissance (1).

Le législateur de 1804, pas plus que ses successeurs de 1884 et 1886, n'ont eu une conception différente. Le système qu'ils ont entendu consacrer est celui qui accorde la puissance paternelle collectivement au père et à la mère; entre eux la préférence n'est que dans l'exercice de cette autorité. Ce principe essentiel est posé dans les art. 372 et 373 du Code Civil.

La puissance paternelle est la chose commune du père et de la mère (2); mais de hautes raisons d'économie sociale et domestique justifient la restriction de l'art. 373 : « Le père seul exerce cette autorité, durant le mariage ». « Si cette puissance est donnée au père et à la mère, disait Réal au Tribunat, il est facile de reconnaître que la raison exige que le père seul puisse l'exercer et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve » (3).

Quel que soit, en effet, l'accord des dépositaires d'une autorité quelconque, leur multiplicité est un obstacle à son bon exercice; la nécessité d'assurer la bonne harmonie de la famille et son bien-être matériel exigent que la direction en soit confiée à un chef unique. Les époux devront s'entendre sans doute pour prendre un parti au

---

(1) Pothier, *Traité des Personnes*, VI, 2, n° 130.

(2) Comme conséquence de son égalité de droits, la mère, pendant le mariage, est appelée à remplacer le père quand celui-ci est dans l'impossibilité physique ou morale d'exercer la puissance paternelle. V. art. 141 *Code civil,* en cas d'absence du père.

(3) Exposé des motifs du titre de la puissance paternelle fait par Réal à la séance du 14 mars 1803.

sujet de l'éducation de leurs enfants, comme en toute autre matière, mais c'est au père seul qu'il appartiendra de prendre une décision. Le législateur, en faisant prévaloir la volonté du mari, n'enlève pas à la femme l'influence morale qu'elle peut avoir sur celui-ci et qui le fera pencher vers telle ou telle décision ; il empêche simplement cette influence de devenir une entrave, et il évite ainsi les conflits et les divisions qui seraient la conséquence d'un partage d'autorité.

Mais il ne faut pas aller plus loin, et voir, dans cette prérogative du père, autre chose que ce que la loi a voulu consacrer : la nécessité de l'unité de direction. Que l'on n'aille pas nous dire que son fondement est aussi et surtout, dans la préférence attachée au sexe, et que s'il exerce seul l'autorité paternelle, c'est parce qu'il est le père, parce qu'il est l'homme ; que la loi pense, en vertu de traditions anciennes mais pénétrant de leur esprit toute notre législation, que le père tient de la nature elle-même, de son éducation, de son genre habituel et spécial de vie, un ensemble d'expérience, de forces et de ressources le rendant seul capable d'une bonne administration de la famille.

Cette justification des prérogatives du père comme chef de famille s'inspire trop de l'ancienne conception romaine implantée dans les pays de droit écrit, mais qui, si elle a laissé quelques traces dans nos lois, en a cependant été proscrite par le législateur. Ce qui n'empêche qu'un parti important veut retourner contre nous l'art. 373 et trouve insuffisantes les raisons qui, selon nous, ont dicté dans cet article l'attribution de l'exercice de cette autorité au père seul. Nous ne nions pas, disons-le bien vite, que pendant le mariage, le père ne soit placé en meilleure situation que la femme pour le meilleur gouvernement de la famille, et nous estimons à sa valeur cette autre justification de ses prérogatives. Mais nous avons vu (et il importe d'insister sur cette

remarque d'où découlent les conséquences les plus graves pour notre matière, régie en général, faute de textes, par des principes abstraits) que le législateur du Code Civil avait résolument rompu avec la tradition romaine, suivant en cela les auteurs de la loi du 20 septembre 1792, qui avait consacré le système coutumier. Les législateurs de 1884 et de 1886 sont allés encore plus loin dans cette voie. Ils ont entendu, nous ne saurions trop le répéter, consacrer le principe moderne de l'autorité paternelle : pouvoir qui, loin d'absorber la personnalité de l'enfant, en est le soutien et la garantie et doit toujours être limité par la notion supérieure de l'intérêt de l'enfant.

Il est indispensable que la puissance paternelle s'exerce dans les conditions les meilleures, et on ne peut, sans raison, priver les parents d'un droit qui leur appartient légitimement. En touchant à la puissance paternelle, on porte atteinte à l'une des prérogatives les plus importantes du père de famille ; cependant il est quelquefois nécessaire d'y apporter, dans l'intérêt des enfants, de sérieuses modifications.

Longtemps, elle s'est exercée sans contrôle, la législation civile hésitant à s'ingérer dans les affaires de la famille. Des abus étaient cependant possibles et fréquents, abus que la loi n'avait pas prévus, et les tribunaux avaient dû de bonne heure intervenir. La jurisprudence en était arrivée à s'attribuer le droit de contrôler la puissance paternelle, même pendant le mariage, et d'enlever certains attributs de cette puissance, notamment la garde, au père indigne (1).

Depuis est intervenue la loi du 24 juillet 1889, complétée par celle du 19 avril 1898. Dans certains cas spécifiés par la loi, les tribunaux doivent prononcer obligatoire-

---

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, VI, § 550, p. 82 et § 551-4°. — Demolombe, *Cours de Code civil*, VI, nos 402-406. — Notes de M. de Loynes dans D., 1890, 2, 25 ; — de M. Wahl dans Sirey, 1897, 2, 73.

ment la déchéance totale de la puissance paternelle; dans d'autres cas, un pouvoir d'appréciation est encore laissé aux juges qui peuvent, à leur gré, prononcer cette déchéance.

La dissolution du mariage par le divorce laisse subsister les liens qui unissent les parents aux enfants, il est à peine besoin de le dire, et la puissance paternelle qui en est la conséquence. Cependant le divorce vient apporter dans la famille un bouleversement profond; les deux parents existent toujours, mais l'association conjugale est dissoute d'une façon absolue et les anciens époux vont devenir étrangers l'un à l'autre. Cette nouvelle situation va certainement relâcher les liens qui les unissaient à leurs enfants et, par suite, avoir une influence énorme sur la puissance paternelle.

Ce que nous venons de dire du fondement et des caractères de la puissance paternelle dans notre droit moderne, va nous permettre d'étudier maintenant quelle modification apporte le divorce à sa dévolution et à son exercice. Dans les chapitres qui suivront nous étudierons ce que deviennent les différents attributs de la puissance paternelle; certains points ont été réglés par la loi, nous les examinerons en premier lieu; pour les autres beaucoup plus nombreux, au sujet desquels le législateur ne s'est pas expliqué, nous appliquerons les principes qui auront été admis par nous dans la question que nous allons traiter dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

Les différents systèmes sur l'exercice de la puissance paternelle après le divorce.

Lorsque le mariage est rompu par le divorce, à qui doit appartenir l'exercice des différents droits dont se compose la puissance paternelle? Le Code Civil ne contenant aucune disposition sur ce point, on a essayé de combler cette lacune.

Quatre systèmes principaux ont été proposés.

D'après un premier système, l'enfant, bien que le Code ne le dise pas formellement, est placé sous la tutelle de l'époux ou de la tierce personne à qui il a été confié. C'est l'opinion soutenue par les plus anciens commentateurs du Code Civil, Delvincourt et Locré (1); l'art. 302 C. Civ., donne évidemment, disent-ils, à celui à qui l'enfant est remis l'administration de sa personne et par suite celle de ses biens; or ce sont là les caractères de la tutelle. Locré admet même que, par dérogation, la tutelle dative prime ici la tutelle légale des père et mère.

Ce système est si invraisemblable et contraire aux textes que l'on s'étonne de le voir soutenu par des jurisconsultes considérables; ils se bornent d'ailleurs à affirmer l'ouverture de la tutelle à la suite du jugement de divorce, sans pouvoir la justifier en droit. L'idée de tutelle implique la mort des auteurs de l'enfant, ou tout

---

(1) Delvincourt, *Cours de Code Civil*, t. I, p. 87, note 2. — Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. VI, p. 24.

au moins de l'un d'eux; l'art. 390 du Code civil ne laisse aucun doute à cet égard : « Après la dissolution du mariage arrivée par la mort... de l'un des époux, la tutelle... » Pas une seule expression du Code n'autorise à croire qu'il puisse y avoir une tutelle pendant la vie des père et mère. Zachariæ (1), qui suit la même opinion, essaie de parer à cette objection en disant que l'époux, contre qui le divorce a été prononcé, doit être considéré comme mort. Mais c'est ajouter un cas de tutelle à ceux que le législateur a fixés lui-même, et nous ne le pouvons sans un texte formel. De plus, comment comprendre que cet époux, qui est considéré comme mort, conserve un droit de surveillance sur l'éducation de l'enfant qui lui est enlevé; qu'il reste tenu de contribuer aux frais de cette éducation; qu'il peut enfin demander une modification de la garde à son profit.

Cette tutelle, que l'on veut ainsi créer, est aussi contraire aux textes qu'aux principes généraux de la matière : partout où la loi établit un tuteur, elle établit bien un subrogé-tuteur, mais jamais une surveillance des parents. Dans tous les cas de tutelle dative, même provisoire, le conseil de famille doit donner son avis (2). Dans le cas actuel, la loi donne au tribunal le pouvoir de tout régler; c'est bien la preuve que le législateur, en édictant ces dispositions, n'a pas songé à la tutelle.

Dans un second système, on soutient que le père conserve, après le divorce, l'exercice de la puissance paternelle comme durant le mariage (3).

Cette opinion se fonde sur ce que les art. 302 et 303 C. Civ. ne statuent que sur la garde des enfants et qu'on

---

(1) *Zachariæ ;* Ed. Massé et Vergé, I, p. 271.
(2) Art. 142 *Code Civil.*
(3) Proudhon, *Etat des personnes,* t. I, p. 328. — Demolombe, *Cours de Code Civil,* IV, n° 511. — Massol, *De la Séparation de corps,* n° 333. — Carpentier, *Traité théorique et pratique du Divorce,* I, n° 391.

ne peut, sans en forcer le sens, en induire l'extinction de la puissance paternelle en la personne du père.

Elle invoque à son appui, principalement, les considérations générales contre lesquelles nous avons eu déjà l'occasion de nous élever. La puissance paternelle, dit-on, a été donnée au père pour des raisons qui tiennent à son éducation, à son titre de père, à son sexe en un mot. Il doit la conserver dans tous les cas, et l'on n'y doit toucher qu'avec une extrême réserve; le divorce, même prononcé contre lui, n'est pas une preuve de son indignité comme père, et le législateur a bien assez fait en le privant, dans ce cas, de son droit de garde, de son droit de jouissance sur les biens de ses enfants et en lui enlevant sa prépondérance dans le consentement au mariage. Mais il ne faut pas aller plus loin : les atteintes portées à quelques prérogatives du père ne doivent pas permettre de les supprimer toutes.

En droit positif, on essaie de justifier ce système par les arguments suivants :

La loi pose comme principe général que la puissance paternelle appartient au père d'une manière absolue, et aucune disposition du Code ne vient y déroger, ni détruire cette autorité du père pour la transférer à la mère. Ce pouvoir ne lui est accordé que dans le cas de prédécès du mari.

Le divorce ne peut faire échec à ce principe, et la puissance du père survit au divorce prononcé contre lui. L'art. 373 dit bien que le père n'exerce cette autorité que « *durant le mariage,* » et semblerait viser tous les modes de dissolution du lien conjugal. Mais le législateur n'a eu en vue et n'a statué que pour le cas le plus général, c'est-à-dire la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. La preuve en est dans l'art. 384 C. Civ. qui, après s'être servi de la même expression : « *durant le mariage* », ajoute « et après la dissolution du mariage, *le survivant* des père et mère »; il est évident que

l'art. 373, en employant les mêmes mots, a voulu dire : jusqu'à la mort de l'un des époux.

Ceci, d'ailleurs, ne serait-il pas certain et l'art. 373 parlerait-il aussi de la dissolution du mariage par le divorce, qu'il ne faudrait pas conclure que le père divorcé perd la puissance paternelle : cet article ne s'occupe pas des modes d'extinction de la puissance paternelle, mais seulement de l'attribution de son exercice à l'un des époux pendant le mariage.

On nous dit encore : l'art. 303 porte que les père et mère *conserveront respectivement* le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants ; puisqu'ils doivent *conserver* leurs droits, c'est qu'il n'y a rien de changé.

Enfin, un argument d'un autre genre a été présenté par Proudhon : la puissance paternelle absorbe en elle la tutelle. Or, on ne peut être destitué de la tutelle que pour des motifs déterminés, et le divorce n'est pas une de ces causes, puisque la loi permet même de confier les enfants à l'époux contre lequel le divorce est prononcé. Le père conserve donc la tutelle de ses enfants mineurs ; comme elle n'est qu'un dérivé de la puissance paternelle, on doit en conclure qu'il conserve aussi cette dernière.

Le premier de ces arguments affirme comme un principe le point qu'il s'agit de prouver : il s'agit, en effet, de démontrer que, malgré le divorce, le mari conserve l'exercice de la puissance paternelle, et l'argument part de ce point que ce pouvoir est confié au père sans fixation de terme, donc pour toute sa vie. Ce raisonnement n'est qu'une pétition de principe. Cette façon d'envisager la question vient de ce que les auteurs, dont nous critiquons la doctrine, veulent assimiler notre puissance paternelle à la *patria potestas*. Nous avons déjà montré qu'il ne pouvait en être ainsi : à Rome, le père était le maître absolu de toute la famille, tandis que la femme et les enfants n'étaient que des êtres inférieurs et sans autorité.

L'autorité paternelle n'est plus chez nous le privilège exclusif du père ; s'il en a seul, nous le répétons, l'exercice pendant le mariage, c'est à raison de la nécessité d'une direction unique dans la société conjugale. Mais la subordination de la femme, née de cette nécessité de l'unité de direction, doit finir avec le mariage ; la femme cesse de devoir obéissance à son mari, son obligation de le suivre cesse également ; elle rentre dans la plénitude de ses droits de mère. Et ainsi se justifie l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 373 C. Civ.

Le second argument paraît peu sérieux ; de ce que les anciens époux conservent le droit de surveillance, on en conclut qu'ils conservent tous les droits de la puissance paternelle. Le droit de surveillance contiendrait-il donc en lui toute la puissance paternelle ?

Enfin la raison invoquée par Proudhon repose sur une confusion complète entre la tutelle et la puissance paternelle. Dès avant le divorce, le père serait déjà tuteur de ses enfants ; et le Code ne formulant pas ici de cause de destitution de la tutelle, cet auteur en conclut qu'il n'y a pas non plus ici une cause de destitution de la puissance paternelle. Il y a cependant des différences saisissantes entre la puissance paternelle et la tutelle, et il ne faut pas, pour la seule raison que cette dernière est une sorte de démembrement de la puissance paternelle, admettre que les causes de destitution de la tutelle s'appliquent aussi à l'autorité paternelle.

La seule question est de savoir si le père est dépouillé de l'exercice de la puissance paternelle, et les règles de la tutelle n'ont rien à faire ici.

La jurisprudence n'a jamais semblé très favorable à ce système et elle admet en général, avec certaines restrictions cependant, que les différents attributs de la puissance paternelle doivent suivre la garde. Il faut reconnaître, il est vrai, qu'elle se montre très hésitante et que, d'une manière générale, elle omet de se prononcer sur

le principe. On peut citer, comme se ralliant au système que nous venons de résumer, un jugement du Tribunal de la Seine du 29 octobre 1886 (1); on lit dans les considérants de ce jugement que « le père (qui n'avait pas la garde de l'enfant), en ne donnant pas à son fils le consentement qui lui est nécessaire pour contracter un engagement militaire... excède manifestement les limites de son pouvoir paternel. » On en conclut que le père ne peut *excéder* que ce qu'il a, et que la privation de la garde ne l'a pas dépouillé de sa puissance. Dans le même sens, un jugement du Tribunal de la Seine du 12 juin 1891 (2), où nous relevons ces mots: « si le divorce n'a pas pour effet de priver celui des époux contre lequel il est prononcé des droits de la puissance paternelle... » Le Conseil d'État, dans un avis récent (3), vient également de se rallier à ce système. Rendue en matière d'administration légale, la solution du Conseil d'État nous paraît fort critiquable. Nous aurons à y revenir lorsque nous étudierons cette question.

La loi, avons-nous dit, ne donne au père l'exercice exclusif de l'autorité paternelle que pendant le mariage, et par suite, cette règle doit cesser de recevoir son application après la dissolution du mariage par le divorce. Partant de cette idée très juste, on soutient, dans une troisième opinion, qu'après le divorce, la puissance paternelle doit être exercée concurremment par le père et la mère. M. Laurent (4) est le principal adepte de ce système qui tire d'un principe exact une conséquence tout à fait exagérée.

Cette solution est conforme, dit-on, au texte de

(1) *Pand. franç.*, 1886, 2, 370.
(2) *Gazette trib.*, 31 mars 1893.
(3) Avis du Conseil d'État du 18 novembre 1899. — S., *Lois annotées*, 1902, p. 449. — D., 1902, 3, 18.
(4) Laurent, *Principes de Droit civil français*, t. III, n° 294.

l'art. 373 C. Civ. ; cet article, en effet, n'attribuant au père seul l'exercice de la puissance paternelle que durant le mariage, doit cesser de recevoir son application lorsque le mariage est rompu par le divorce ; et la mère, qui est investie au même titre que le père de la puissance paternelle, acquiert dès lors les mêmes droits que lui à l'exercice de cette puissance. De même que par le divorce, la femme recouvre la plénitude de ses droits civils, elle doit recouvrer, de même, une autorité absolue et indépendante sur ses enfants.

L'article 303 viendrait encore à l'appui de cette doctrine. Le mot « conserver », écrit dans cet article, indique que rien n'est changé aux droits des père et mère. Après le divorce, ils conserveront les mêmes droits qu'ils avaient durant le mariage, c'est-à-dire la puissance paternelle. D'accord, mais aussitôt après cette affirmation, M. Laurent lui-même se contredit étrangement en apportant une grave modification à ce principe puisqu'il admet que la puissance paternelle sera désormais partagée entre le père et la mère. L'omnipotence du père, explique-t-il, n'a plus sa raison d'être en ce moment : « Cet exercice exclusif (de la puissance paternelle) attribuée au père ne se conçoit plus quand le mariage est dissous par le divorce et il n'a plus de raison d'être. On comprend que le père ayant, comme mari, la puissance maritale, ait aussi seul l'exercice de la puissance paternelle. Après la dissolution du mariage, toute prédominance du mari cesse, la femme a un droit égal à celui de l'homme (1). »

Ceci n'est pas exact. La véritable raison des pouvoirs du père de famille, c'est le besoin d'une direction unique ; l'exercice simultané de l'autorité domestique était impossible, et il fallait nécessairement l'attribuer à l'un des époux. Or, après le divorce, l'unité de direc-

(1) Laurent, *eod. loc.*

tion n'est-elle pas aussi indispensable qu'auparavant ? M. Laurent le comprend si bien qu'il avoue que « ce pouvoir égal serait impraticable dans l'éducation des enfants » et que c'est là le motif qui a fait attribuer la garde à un seul.

Ajoutons que cette unité est tout aussi nécessaire pour l'exercice des autres droits : droit de correction, droit d'administration. Ce partage d'autorité créera des conflits incessants, qui naîtront plus facilement encore que pendant le mariage, et l'état d'hostilité des anciens époux les provoquera plus encore que l'intérêt des enfants (1).

Nous en avons assez dit pour laisser entrevoir à quel système vont nos préférences. Nous admettons, en principe, que l'exercice complet de la puissance paternelle appartient à celui des époux auquel la garde de l'enfant a été confiée (2).

En statuant sur la garde de la personne, le législateur a voulu protéger de la même façon tous les intérêts de l'enfant, aussi bien les intérêts moraux que ceux relatifs à ses biens personnels. N'est-il pas naturel de penser que c'est le parent dont la conduite aura été la plus irréprochable, qui sera également le meilleur protecteur des enfants ? On lui a confié leur garde et le soin de veiller à leur éducation ; cela doit nécessairement entraîner les autres attributs de la puissance paternelle : le droit de correction, le droit d'administration légale, le droit de jouissance légale, le droit d'émancipation.

La loi, qui n'a rien dit, ne s'oppose nullement à cette attribution de la puissance paternelle à l'époux qui a

---

(1) Voy. dans le même sens, avec certaines restrictions cependant : Coulon : *Le Divorce et la Séparation de Corps*, t. V, p. 144 et suiv. — Fonvieille, *Des effets du divorce sur la situation respective des époux et de leurs enfants*, p. 27. — *Contra :* Carpentier, I, p. 301.

(2) Poulle, *Le Divorce*, p. 241. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, 6e édit., n° 695.

la garde. Aucun de ses textes ne commande une solution contraire. Pourquoi alors ne pas admettre un système qui conduit aux résultats les plus pratiques, système que certains de nos adversaires, tout en estimant ne pouvoir l'adopter comme contraire aux textes, reconnaissent cependant devoir être le meilleur en législation ?

En d'autres matières, le législateur a suivi le principe que nous venons de poser : en cas de disparition du père, il donne à la mère, avec la garde des enfants, l'exercice de tous les droits de puissance paternelle (art. 141 C. Civ.). Le Code maintient encore, au cas de tutelle, cette unité de protection : quand le père vient à mourir, laissant des enfants mineurs, la mère en a la surveillance et exerce tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. Pourquoi ne pas admettre la même solution en cas de divorce ? Il est raisonnable, en effet, de réunir dans les mêmes mains, quand rien ne s'y oppose, l'administration de la personne de l'enfant dans les circonstances de sa vie privée, c'est-à-dire son éducation, et les autres attributs de la puissance paternelle : droits d'autorisation qui réglementent les actes de sa vie civile et publique ; droits d'administration et de jouissance légale qui sont relatifs à ses intérêts matériels.

Ceci doit donc être l'idée directrice, la règle générale : l'époux qui aura été jugé digne d'avoir la garde de l'enfant sera aussi, en principe celui auquel devra être accordé l'exercice de tous les attributs de la puissance paternelle (1). Nous verrons, quand nous étudierons,

---

(1) Le nouveau Code Civil allemand a réglé la question d'une manière différente, mais il a au moins le mérite d'avoir donné une solution à cette question importante. D'après l'art. 1635, le père reste dans tous les cas, même lorsque la garde de l'enfant lui a été retirée, son représentant légal et conserve l'exercice de tous les attributs de la puissance paternelle. — En Espagne, où existe seule la séparation de corps, l'époux coupable perd la puissance paternelle et les avantages

dans le détail, ces différentes prérogatives, quelles restrictions il conviendra d'apporter à ce principe.

On ne peut faire de sérieuses objections à ce système. Il est contraire aux textes, a-t-on dit, car il donne aux art. 302 et 303 C. Civ. une portée qu'ils ne comportent pas. Qu'est-ce à dire? Ces articles ne sont relatifs qu'à la garde des enfants et à leur surveillance : quelle que soit la personne à laquelle seront confiés les enfants, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation, dit l'art. 303. Cet article ne s'occupe que du contrôle que chacun des époux est en droit d'exercer sur la gestion de l'autre époux ou sur celle du tiers gardien ; il consacre ce droit que l'époux, jugé indigne de veiller d'une façon directe aux intérêts moraux et pécuniaires de ses enfants, puise néanmoins, dans sa qualité de père, de ne pas rester étranger à leur éducation. Il ne dit rien de plus et demeure en dehors de la question de savoir si, après le divorce, le père conserve toujours et dans tous les cas, l'exercice de la puissance paternelle ; tout aussi bien qu'il ne peut être un argument, nous l'avons vu, en faveur du partage de l'autorité paternelle entre les époux divorcés.

Peut-être aurions-nous pu soutenir cette théorie, ajoutent nos adversaires, à l'époque où aucun texte n'était venu restreindre le droit de contrôle que les tribunaux s'étaient arrogé sur l'exercice de la puissance paternelle ; mais ce n'est plus possible depuis la loi du 24 juillet 1889, qui a limitativement déterminé les causes de déchéance de la puissance paternelle : enlever au père l'exercice de la puissance paternelle, ce serait étendre une pénalité, et nous ne le pouvons pas.

---

qui en découlent, sans cesser d'être tenu aux obligations qu'elle impose (art. 73 Code de 1888). — Dans l'avant-projet de révision du Code Civil belge, rédigé sur la demande du ministre de la justice, M. Laurent propose de remettre l'exercice de la puissance paternelle à l'époux qui a la garde de l'enfant.

Un mot suffit, il nous semble, pour réfuter cet argument : on fait une confusion évidente entre la jouissance et l'exercice d'un droit. La jouissance de la puissance paternelle, tous les auteurs le reconnaissent, est l'apanage collectif du père et de la mère, et pour en priver l'un ou l'autre, il sera nécessaire, en effet, de se trouver dans les conditions prévues par la loi nouvelle.

Ici, il ne s'agit pas de priver le père de la jouissance de son droit, mais de savoir, ce qui est bien différent, si par suite de son échec dans l'instance de divorce, il ne sera pas bon de lui en supprimer l'exercice. Mais nous n'allons pas plus loin ; nous le reconnaissions tout à l'heure, en précisant la portée de l'art. 303, nous ne privons pas le père de tout droit à l'égard de son enfant, et nous n'avons jamais songé à rompre les liens qui les unissent. Il est bien certain que, tout comme au cours du mariage, la jouissance de l'autorité paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Mais nous venons de voir que le père ne peut plus continuer à en avoir l'exercice ; il fallait alors nous demander, en l'absence d'un texte, à qui nous devions transmettre ces pouvoirs, et nous avons été amené à répondre : à l'époux gardien.

Cette doctrine est généralement admise en jurisprudence. C'est surtout dans les quelques décisions relatives aux biens des enfants que sa théorie se dégage nettement et que nous la voyons admettre un véritable transport de la puissance paternelle à l'époux gardien. Un arrêt de la Cour de Paris du 15 décembre 1886 (1), rendu en matière d'administration légale, a reconnu à la mère, à qui la garde de l'enfant était confiée, le droit d'agir en justice au nom de cet enfant, en se fondant sur les principes généraux suivants : « La garde de l'enfant mineur, confiée par autorité de justice à la mère divorcée, impli-

(1) S., 88, 2, 217. — *Pand. franç.*, 87, 2, 74.

que non seulement pour celle-ci le devoir de veiller à la protection de cet enfant, mais encore de poursuivre, s'il y échet, la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé par suite d'un délit ou d'un quasi délit...; l'art. 302 C. Civ. ne fait aucune distinction entre la garde de la personne physique et celle des droits qui peuvent lui appartenir. A la vérité, et conformément à l'art. 390 C. Civ., il n'y a pas lieu à ouverture d'une tutelle aussi longtemps que le père ou la mère divorcés sont tous deux vivants; mais la mère à qui l'enfant est confié, si elle n'a pas le titre de tutrice légale, n'en puise pas moins dans le mandat général dont elle est investie, un titre suffisant pour agir en justice au nom et dans l'intérêt de son enfant mineur ».

Cet arrêt ne laisse aucun doute sur la pensée qui l'a dicté; c'est bien notre système que la Cour a entendu admettre; pour elle, les mots « confiés aux soins », de l'art. 302, sont synonymes de « soumis à la puissance de... » La mère investie de la garde doit avoir les autres attributs de la puissance paternelle.

D'autres arrêts (1) admettent le même principe et en termes aussi nets. Nous aurons l'occasion de revenir longuement sur ces décisions lorsque nous étudierons la question de l'administration légale des biens des enfants des époux divorcés.

Remarquons seulement que lorsque l'espèce sur laquelle les tribunaux ont à se prononcer, les met dans la nécessité de dégager un principe général, ils le font d'une façon très précise et se rallient franchement et unanimement à notre doctrine.

---

(1) Voy. notamment : Trib. Seine, 4 avril 1888. — *Gaz. trib.*, 18 août 1888. — Trib. Seine, 25 novembre 1896, D., 97, 2, 297. — Grenoble, 24 juillet 1900, S., 1903, 2, 9; D., 1901, 2, 121 et la note.

CHAPITRE III

Le droit de garde pendant l'instance de divorce.

L'instance de divorce ne brise pas le mariage qui continue à produire tous ses effets, soit à l'égard des époux, soit à l'égard des enfants issus de leur union. Tous les droits que le mari tient de son titre d'époux et de père, il les conserve durant le procès : puissance maritale, puissance paternelle, etc.

Il ne faut pas perdre de vue cependant que, en fait, l'instance engagée a complètement bouleversé les rapports des deux parties; qu'aux sentiments d'affection et de confiance réciproques qui régnaient entre elles, ont succédé la défiance et la haine; qu'à partir de ce moment les colères et les rancunes, loin de s'apaiser, vont s'accentuer et provoquer des scènes regrettables pour les époux comme pour les enfants; que les pouvoirs laissés au père pourront se transformer en instruments d'oppression ou de vengeance. De là certaines mesures destinées à permettre aux époux de suivre l'action en divorce sans danger pour eux-mêmes et pour leurs enfants.

SECTION I

La législation du Code et la loi du 24 juillet 1884

Sous l'empire de la loi de 1884, qui reproduisait purement et simplement l'art. 267 du Code de 1804, l'*admi-*

nistration provisoire des enfants restait dans tous les cas au mari, sauf la faculté pour le tribunal d'en ordonner autrement, au cas où l'intérêt des enfants l'aurait exigé, sur la demande des parties intéressées : la femme, la famille, le ministère public.

Cette disposition n'était pas suffisante ; elle ne permettait pas de régler provisoirement le sort des enfants dès le début de l'instance, conformément à leur intérêt : que le mari fût demandeur ou défendeur, si personne n'intervenait, le juge devait lui conserver la garde des enfants et, si l'intervention se produisait, la solution était lente à venir.

Aussi la pratique, reconnaissant tous les dangers de cette méthode, et considérant qu'il s'agissait là d'un cas urgent, avait-elle admis, malgré les termes formels de l'art. 267 du C. Civ., que le Président du Tribunal était compétent pour statuer sur ces mesures, par une ordonnance spéciale rendue en référé, par application des art. 806 et 809 C. pr. c.

Un grand nombre d'auteurs s'appuyant sur la généralité des termes de l'art. 806 C. pr. c., admettaient cette solution, et à l'objection tirée de l'art. 878 C. pr. c. qui, énumérant les points sur lesquels le juge conciliateur pouvait statuer par ordonnance, ne parle que de la résidence et des effets de la femme, ils répondaient que l'art. 878 n'a statué que sur les cas qui font nécessairement l'objet d'une décision du président, et qu'il a laissé sous l'empire du droit commun les questions exceptionnelles de garde d'enfant (1).

---

(1) Demolombe, IV, n° 452. — Laurent, III, n° 254. — Massol, p. 227. — Aubry et Rau, V, § 493, p. 198. — Dijon, 28 décembre 1859, S., 60, 2, 270. — Grenoble, 2 mai 1864, D., 65, 2, 145. — Orléans, 1er mai 1869, S., 70, 2, 13. — Cass., 15 juillet 1879, S., 81, 1, 97. — Cette solution était donnée en matière de Séparation de corps, mais on aurait certainement raisonné de même au cas de Divorce.

SECTION II

Législation actuelle.

La réforme législative de 1886 n'eut qu'à sanctionner cette manière de faire. Le nouvel article 238 accorde au président du tribunal, comme magistrat conciliateur, le droit de statuer, non seulement sur la résidence de l'époux demandeur et sur la remise des effets personnels, mais aussi sur la garde provisoire des enfants. L'art. 240 C. Civ. détermine les pouvoirs du tribunal sur le même objet, une fois l'instance engagée.

Ainsi, on a détruit cette sorte de privilège conservé au père et en vertu duquel la garde lui était attribuée de plein droit: c'est là une réforme excellente; aujourd'hui le juge, dès le début de l'instance, dictera les mesures provisoires qui lui paraîtront nécessaires, et son seul guide sera l'intérêt bien entendu de l'enfant. Évidemment, il ne devra pas oublier que la famille existe encore, que peut-être elle ne sera jamais dissoute, et que le père conserve encore intacts les attributs de la puissance paternelle; il ne doit le priver du droit de garde qu'avec la plus grande circonspection, mais il n'est plus retenu par un texte restrictif, et il n'hésitera pas à le faire si l'intérêt de l'enfant le commande, soit au point de vue matériel, soit au point de vue moral.

Il convient de distinguer, pour examiner le rôle des magistrats relatif à la garde des enfants pendant l'instance en divorce, deux catégories de mesures provisoires : la première, celle où ces mesures seront du ressort du président du tribunal; l'autre, celle où le tribunal lui-même sera appelé à statuer.

A. — *Mesures provisoires ordonnées par le président du Tribunal.*

C'est au jour fixé par la tentative de conciliation des époux, et dans l'ordonnance même constatant la non-conciliation des parties ou le défaut de l'une d'elles, que le président statue sur la garde provisoire des enfants (art. 238, al. 2, C. Civ.).

On s'est demandé si, par la première ordonnance que le président est appelé à rendre dans la procédure du divorce, ordonnance par laquelle il permet de citer le défendeur en conciliation (art. 236 C. Civ.) et peut autoriser le demandeur à résider séparément, il pourrait également statuer sur la garde provisoire des enfants.

La presque unanimité des auteurs décide qu'il n'en a pas encore le droit, malgré l'argument en sens contraire qu'on a voulu tirer des termes *à nouveau* de l'alinéa 2 de l'art. 238 pour soutenir qu'en même temps que le juge statue sur la résidence du demandeur, il peut également régler la question de garde (1). Nous admettons aussi, avec la majorité, que ces mots se réfèrent seulement à la résidence de l'époux demandeur, et non aux autres dispositions du paragraphe.

Mais maintenant l'instance est engagée : le président, en constatant la non-conciliation, a autorisé le demandeur à assigner devant le tribunal. Il convient alors de prendre les mesures urgentes, celles concernant les enfants notamment. Il y va de leur intérêt. C'est ce qu'a bien compris le législateur de 1886, et à la différence du système précédent, le juge statue sur ces mesures sans qu'il soit besoin de démontrer qu'il y a urgence à ce qu'elles soient prises. Si dès le début de l'instance, il

(1) Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chenaux, *Traité des Personnes*, III, n° 184.

est démontré qu'il y a intérêt à ce que les enfants soient enlevés à la garde du père, le juge pourra aussitôt éloigner les enfants d'un milieu qu'il reconnaît devoir leur être funeste.

Il est certain, nous venons de le dire, que lorsqu'il prendra une pareille mesure, c'est que les faits révélés par l'enquête lui paraîtront la motiver sérieusement : c'est une question délicate que d'enlever la garde au père quand les débats sont terminés et que le tribunal possède tous les éléments d'appréciation, à plus forte raison l'est-elle au début de l'instance, quand le juge est appelé à prescrire les mesures provisoires sans avoir toutes les preuves qui lui permettront plus tard de se décider en parfaite connaissance de cause.

Ce pouvoir accordé au magistrat conciliateur avait paru à certains un pouvoir exorbitant. Lors de la discussion au Sénat, l'honorable M. Baragnon (1) était venu demander la suppression des mots : « la garde provisoire des enfants ». Sans doute il peut y avoir des inconvénients à accorder à un seul juge le droit de statuer sur une matière aussi délicate tout au début de l'instance, alors qu'il n'a pas encore en mains tous les documents nécessaires à une juste appréciation des faits. Mais c'est une chose si grave que d'enlever la garde au père, quand les débats ne sont pas intervenus, que le juge conciliateur hésitera souvent à l'en priver ; cependant il est bon, dans l'intérêt des enfants, de pouvoir les arracher le plus tôt possible à un milieu qu'un magistrat indépendant et éclairé reconnaît malsain ; aussi cette faculté laissée au président nous paraît-elle, au contraire, devoir présenter de grands avantages. Ainsi la mère demande le divorce ; son mari l'a abandonnée depuis longtemps, la laissant seule avec ses enfants. Avec le système du Code,

(1) Séance du 7 décembre 1855, *J. Off.*, Débats parlem., Sénat, 1885, p. 1261 et suiv.

ou de la loi de 1884, la garde de ces enfants appartenait au mari, il pouvait les enlever à cette mère qui n'avait d'autre ressource que de s'adresser au tribunal pour se voir rendre ces enfants dont elle s'était occupée avec sollicitude; mais, à moins de prouver une urgence extrême, la solution du conflit se faisait longtemps attendre. Avec le nouveau système, sur la demande de la mère, en même temps qu'il lui est accordé d'avoir une résidence séparée, de même elle obtient, dès le début de l'instance, le droit à la garde de ses enfants.

Ici, contrairement à ce qui se passera devant le tribunal où certaines interventions pourront se produire, les parties intéressées seules peuvent demander au président de régler le droit de garde. Mais en l'absence de toute demande de leur part, le juge pourrait-il statuer d'office?

La loi ne le dit pas en termes exprès, mais les termes impératifs de l'art. 238, § 2, C. Civ. sembleraient vouloir lui attribuer implicitement ce droit. Cependant il ne faudrait pas inférer de là que le président devrait toujours se prononcer sur la garde provisoire des enfants. En principe, si l'intérêt des enfants n'exige pas une solution différente, le père conserve pendant l'instance la garde comme les autres droits; le juge ne doit pas l'oublier. Si donc il ne lui paraît pas que la moralité ou la santé des enfants aient à souffrir du maintien de la garde au père, il gardera le silence; il ne statuera qu'autant qu'il croira le père indigne de la conserver. Dans le cas contraire, sa décision sera inutile, car elle se bornerait à consacrer un droit que le père tient de la loi elle-même.

L'opinion adverse se prévaut à tort, pour exiger dans tous les cas une disposition expresse du juge, des mots « il statue » qui paraissent en opposition voulue avec les mots : « il a la faculté de statuer » relatifs aux demandes d'aliments.

L'ordonnance du président portant autorisation de

citer et réglementation des mesures provisoires est-elle susceptible de recours?

Il semble bien certain que l'opposition ne serait pas recevable. Autrefois cette voie de recours n'était jamais admise en matière de divorce, et la loi de 1886, qui est venue l'autoriser contre les jugements, si elle avait voulu également l'étendre à l'ordonnance du président, n'aurait pas manqué de le dire. Il y a, de plus, une grande analogie entre cette ordonnance et une décision rendue en référé qui, elle, n'est pas susceptible d'opposition (art. 809, al. 2, C. pr.). Le président statue, dans les deux cas, sur des questions qui nécessitent une solution rapide (1).

Quant à l'appel, la question était autrefois très controversée. L'opinion qui semblait l'emporter était que cette ordonnance pouvait faire l'objet d'un recours seulement pour celles de ses dispositions qui avaient un caractère contentieux, mais non pour celles qui ne présentaient pas ce caractère, ou n'avaient soulevé aucun débat entre les époux (2).

Le nouvel article 238, al. 3, a admis que cette ordonnance est susceptible d'appel dans le délai fixé par l'article 809 C. pr., c'est-à-dire dans le délai de quinzaine imparti pour recourir contre une décision rendue en référé.

Des termes généraux employés par cet article, il résulte qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les parties de l'ordonnance qui auraient été ou non l'objet d'un débat entre les deux conjoints. Mais on peut se demander si les parties de l'ordonnance qui ne pourraient être l'objet d'aucune discussion seront également susceptibles de

---

(1) Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, t. IV, p. 358.

(2) Demolombe, IV, n° 455. — Aubry et Rau, V, § 493. — Dijon, 22 août 1856, S., 56, 2, 529. — Cass., 15 février 1859, S., 59, 1, 202. — Lyon, 12 octobre 1885, *Gaz. pal.*, 1885, p. 2.

recours; par exemple, celle qui ne ferait que constater, relativement à la garde des enfants, l'accord survenu entre les parties, et l'on a proposé de s'en tenir aux distinctions anciennes (1), en sorte que l'ordonnance ne serait susceptible d'être réformée qu'autant qu'elle aurait été l'occasion d'une controverse entre les époux. Mais si, dans l'exemple que nous venons de citer, il semble en effet que l'ordonnance du président ne fera que consacrer l'accord des époux, ne serait-ce pas aller trop loin que de refuser tout recours à la femme dans le cas où, en l'absence d'une demande de sa part, l'ordonnance aurait déclaré que la garde des enfants resterait au père? Ne pas admettre l'appel dans ce cas, c'est revenir à l'ancienne théorie de la Cour de cassation (2); il nous semble que les termes de l'al. 3 de l'art. 238 nous permettent de la repousser.

Mais ici se pose une question excessivement délicate et l'une de celles qui divisent le plus profondément la jurisprudence.

Comment a lieu l'appel de l'ordonnance du juge, statuant sur la garde provisoire des enfants, en vertu de l'al. 2 de l'art. 238? Le troisième alinéa de ce même art. 238 dispose que : « Cette ordonnance est exécutoire par provision. *Elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 du Code de procédure.* » Mais, d'après l'alinéa 5 : « Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être *modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal...* »

Il semble bien qu'une véritable contradiction existe entre les deux paragraphes de l'art. 238. Que faudra-t-il décider, en effet, au cas où la demande en divorce sera introduite avant qu'appel ait été interjeté de l'ordon-

---

(1) Carpentier, *Traité théorique et pratique du Divorce*, II, p. 72.
(2) Cass., 15 février 1859, précité.

nance du juge, et avant que le délai d'appel soit expiré ; ou, l'appel ayant été interjeté dans le délai légal, et avant que la demande principale soit formée, celle-ci est introduite avant que la Cour ait statué? Faudra-t-il dire que, lorsque le tribunal est saisi de la demande principale, le défendeur est déchu du droit d'interjeter appel de l'ordonnance? Si l'appel a déjà été interjeté, la Cour est-elle dessaisie par le fait de l'introduction de la demande principale, et doit-elle déclarer l'appel non recevable?

La question se pose donc sur l'interprétation à donner des paragraphes 3 et 5 de l'art. 238, et, pour essayer de fixer le sens de ces dispositions, il importe avant tout de rappeler à quelles discussions elles ont donné lieu au cours des débats qui en ont précédé l'adoption.

Dans le projet présenté par la commission, la rédaction de l'alinéa 3 de l'art. 238 était la même qu'à l'heure actuelle, mais l'alinéa 5 était rédigé en ces termes :

« Les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent, dans tous les cas, être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal ».

Ce système présentait des inconvénients, et M. Griffe, frappé du conflit qui pourrait s'élever entre la Cour, saisie d'un appel de l'ordonnance du Président, et le Tribunal qui pouvait être appelé, une fois l'instance engagée, à modifier les mesures provisoires, proposa, dans la séance du 7 décembre 1885, un amendement aux termes duquel « *elle* (cette ordonnance) *peut être attaquée devant le Tribunal...* » et le § 3 était supprimé (1).

C'était un système très net et qui, au point de vue pratique, n'aurait eu que des avantages : la partie qui voulait attaquer l'ordonnance devait le faire devant le Tribunal, même quand celui-ci n'était pas encore saisi

(1) *J. Off.*, séance du 7 décembre 1885, Débats parlem., Sénat, 1885, p. 1261 et suiv.

de la demande principale. Mais il fut vivement critiqué par M. Denormandie au nom des principes généraux de la procédure. Celui-ci fit remarquer que l'ordonnance rendue par le magistrat conciliateur est un acte de juridiction contentieuse; à ce moment-là, le Président « est un juge dans toute la force du terme; il est juge du contentieux; il tranche une question; il motive sa résolution, il rend une véritable décision; et devant qui peut-elle être portée? Devant la Cour d'appel, mais pas devant les juges du Tribunal, qui sont les inférieurs, hiérarchiquement parlant, du Président et ne peuvent pas connaître de sa décision... Admettre que cette ordonnance serait soumise au Tribunal, au second degré, c'est bouleverser notre organisation judiciaire ».

L'amendement de M. Griffe fut rejeté; mais M. Batbie, envisageant très nettement la difficulté, posa de nouveau la question en demandant ce qu'il faudrait décider au cas où l'appel ne serait pas encore vidé au moment où la demande en divorce serait portée devant le Tribunal. Il y aurait alors deux juges, la Cour et le Tribunal, et « un arrêt de la Cour peut surgir pendant l'instance et créer un conflit avec les mesures que le Tribunal a le droit d'ordonner ».

A cette observation, le rapporteur, M. Labiche, répondit en disant qu'il fallait distinguer deux périodes pendant l'instance : « la première, tout à fait préparatoire, « est celle où l'instance n'est pas engagée. C'est pendant « cette période que le juge a les pouvoirs que vous venez « de lui accorder, et que ses décisions sont susceptibles « d'appel devant la seule juridiction compétente... pour « statuer. On ne peut pas aller devant le Tribunal puis- « qu'il n'est pas saisi, on va devant la Cour. Maintenant, « il y a une seconde période, celle pendant laquelle il n'y « a plus d'appel possible, puisque les mesures qu'on a « prises réglementent la situation essentiellement provi- « soire qui a disparu ». Il expliqua en outre que lorsque

l'appel est déjà interjeté au moment où le Tribunal est saisi, par ce seul fait l'appel tombe, et « dans ce cas, la Cour doit être dessaisie ». En conséquence, pour donner satisfaction à ses collègues, le rapporteur proposa d'ajouter au commencement de l'al. 5, ces mots : *lorsque le Tribunal est saisi*, qui détermineront, disait-il, le commencement de la seconde période. Sur la demande d'un de ses collègues, qui désirait que l'on spécifiât que l'appel tombait, il répondit que cela ne lui semblait pas nécessaire, mais que cette addition ne souffrait aucune difficulté.

A la suite de cette discussion, le renvoi à la commission de l'art. 238 fut voté, et à la séance du 10 décembre, celle-ci rapporta le troisième alinéa ainsi modifié : « Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'art. 809 du Code de procédure civile, *tant que le Tribunal n'a pas été saisi de la demande. Dans ce cas, la Cour se trouvera dessaisie*, » et l'alinéa 5, avec l'addition proposée à la précédente séance : « *Lorsque le Tribunal est saisi*, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance, par jugement du Tribunal, etc... » (1).

Le rapporteur expliqua cette nouvelle rédaction en revenant sur la distinction qu'il avait déjà faite des deux périodes de l'instance : « Pendant la première période, « c'est le Président qui, seul, est compétent et qui sta- « tue, et s'il y a appel de la décision du Président, on va « devant la Cour. Aussitôt que l'on est sorti de cette « période préparatoire, ce n'est plus la Cour, ce n'est « plus le Président qui doit statuer, c'est le Tribunal ».

La modification apportée à l'al. 5 ne provoqua aucune discussion, mais la rédaction de l'al. 3 souleva de très

---

(1) *J. Off.*, séance du 10 décembre 1885, Débats parlem., Sénat, 1885, p. 1273 et suiv.

vives critiques de la part de M. Griffe. Il fit remarquer ce qu'il y avait d'étrange à donner à l'époux demandeur la faculté de modifier la compétence au gré de sa volonté. M. Dauphin s'associa à ces critiques et fit ressortir que le Tribunal n'a pas qualité pour réformer l'ordonnance du juge, et que le dessaisissement de la Cour était quelque chose d'antijuridique. A ce moment, la discussion dévia un peu et les divers orateurs qui se succédèrent à la tribune, s'occupèrent surtout de la question du délai qui devait être imparti au demandeur pour assigner. Le débat devint de plus en plus obscur et M. de Gavardie demanda, en avouant que le Sénat n'y comprenait plus rien, le renvoi de l'article à la commission. Il en revint avec le § 3 dans son texte primitif, le § 5 avec l'addition proposée, et fut adopté sans discussion. Donc, des deux modifications proposées, l'une fut adoptée et l'autre a disparu; il est bien difficile, par suite de l'obscurité des débats, de saisir la pensée du législateur. A-t-on voulu consacrer la thèse du rapporteur sur le dessaisissement de la Cour ou, au contraire, donner satisfaction aux critiques de M. Griffe et de M. Dauphin?

Une première opinion affirme que lorsque le Tribunal est saisi, l'appel de l'ordonnance n'est plus possible, et si l'appel a été interjeté avant l'assignation, la Cour ne peut plus statuer, elle doit se dessaisir. On avoue que c'est là une dérogation aux règles générales de la procédure, mais on affirme que telle a été la pensée du législateur; cela résulte, dit-on, des termes formels du § 5 et des explications données à la tribune par le rapporteur lui-même, qui distinguait, comme nous l'avons dit, deux phases dans la procédure et affirmait que, dès l'ouverture de la seconde, le Tribunal seul était compétent pour statuer sur les mesures provisoires.

Il est très probable que ce soit là la pensée de M. Labiche et de la commission, mais rien ne nous permet

d'affirmer que telle ait été la volonté du Sénat, puisque l'article où cette opinion était exprimée, n'a pas été maintenu dans cette rédaction. Avec ce système, le § 3 de l'art. 238 n'a plus de raison d'être et le droit d'appel qu'il accorde est absolument illusoire. On ne peut admettre, sans un texte bien formel, une telle restriction au droit d'appel.

C'est pourtant ce qu'admet encore un second système, quoique dans une mesure moindre. On fait une distinction en s'appuyant également sur les mots : *lorsque le tribunal est saisi*, du paragraphe 5. Dans ce cas, c'est lui seul qui peut s'occuper des mesures provisoires, et il n'est plus possible d'interjeter appel de l'ordonnance. Mais, s'il a été fait appel, avant l'assignation, et que cet appel ne soit pas encore vidé, la Cour reste saisie (1).

Ce système donne lieu aux mêmes critiques que le précédent, et ne supprime aucune difficulté. Il n'est guère rationnel au surplus : ou l'introduction de l'instance n'a aucune influence sur le droit d'appel, ou elle doit le faire complètement disparaître.

Aussi, avec une troisième opinion qui a pour elle l'autorité de la Cour suprême, nous dirons que, même après l'assignation, les parties conservent la faculté d'interjeter appel et que la Cour antérieurement saisie conserve son droit de statuer sur cet appel (2).

Malgré l'obscurité des débats parlementaires, nous avons vu que le § 3 de l'art. 238, modifié dans le sens des partisans de la première opinion que nous avons exposée, ne fut pas voté avec l'addition proposée. Puisque le Sénat a voté le texte primitif, ne doit-on pas conclure que l'on n'a pas voulu porter atteinte aux pouvoirs de la

---

(1) Carpentier, *Traité du divorce et de la séparation de corps*, t. II, n° 76. — Poulle, *Du divorce*, p. 213 et suiv.

(2) Coulon, IV, p. 364. — Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, III, n° 214. — Cass., 29 juin 1892, S., 93, 1, 242 ; D., 92, 1, 553.

Cour? Et si l'obscurité des débats ne nous permet pas de discerner d'une façon précise la pensée du législateur, ne devons-nous pas nous laisser guider par les principes généraux, et ne pas introduire dans les termes du § 3 une restriction que le législateur n'a pas voulu y mettre? C'est ce que dit, en termes excellents, un arrêt de la Première Chambre de la Cour de Paris du 11 mars 1890 (1), qui répond en même temps à toutes les objections. « Considérant, dit l'arrêt, que cette faculté d'appel est « générale et absolue, sans que les dispositions du § 3 « sus visé de l'art. 238 aient distingué entre le cas où le « tribunal n'a pas encore été saisi de la demande prin- « cipale et celui où il en aurait été déjà saisi..... ; que, « s'il est difficile de discerner les motifs exacts des deux « renvois devant la commission, il est impossible de ne « pas reconnaître, en présence des termes formels, nets « et précis dans lequel le § 3 a été définitivement voté « par le Sénat, que la faculté d'appel de l'ordonnance « statuant sur les mesures provisoires a été accordée « d'une manière générale, absolue, que le tribunal ait « ou n'ait pas été saisi de la demande principale... ; que « cette disposition (le § 5), si elle était interprétée dans le « sens proposé par l'intimé (refus du droit d'appel une « fois l'instance engagée), serait en contradiction fla- « grante avec celle du § 3, puisqu'il suffirait à l'époux « demandeur de hâter l'introduction de sa demande « principale pour rendre illusoire le droit d'appel expres- « sément accordé à l'une et l'autre des parties... ; qu'elle « se concilie facilement au contraire avec le droit « d'appel entendu avec son sens général et absolu..., « qu'il n'est pas vrai de dire que l'interprétation ci- « dessus exprimée des § 3 et 5 de l'art. 238 crée deux « juridictions qui seraient simultanément compétentes

(1) Paris, 11 mars 1890, D., 90, 2, 333.

« pour statuer sur les mesures provisoires ordonnées « par le juge, que la Cour d'appel n'aura à apprécier les « mesures provisoires ordonnées par le juge qu'au « moment où l'ordonnance aura été rendue à l'effet de « confirmer ou de réformer cette décision, tandis que « le tribunal ne sera appelé à les modifier ou compléter « qu'en raison des situations nouvelles différentes ou « successives dans lesquelles pourront se trouver, au « cours de l'instance, les époux ou les enfants au sort « desquels il s'agira de pourvoir.... »

La disposition du § 5, malgré l'objection qui en a été faite, se concilie très bien avec la faculté d'appel entendue dans le sens général et absolu indiqué par l'arrêt ci-dessus ; elle répond aux besoins d'une situation différente. C'est ce qu'avait déjà très bien mis en lumière M. Dauphin lors de la discussion au Sénat :

« Lorsqu'une Cour d'appel est appelée à juger sur des mesures ordonnées par un président, elle statue sur ce qui existait à l'heure où le président a rendu son ordonnance, et elle dit si le président a eu raison ou s'il a eu tort, ce qui n'empêche pas que le tribunal saisi à nouveau sur un autre état de choses, doive examiner cet autre état et prenne d'autres mesures provisoires, sans qu'il y ait aucune opposition entre les deux décisions de justice..... Ce sont ces situations successives que le juge examine en première instance, que la Cour apprécie au jour où l'ordonnance a dû être rendue, ce qui n'empêche pas le moins du monde le tribunal de rendre ultérieurement une autre décision. Il ne s'agit que de mesures provisoires. La Cour a donc mission de juger si la mesure provisoire a été bonne à un jour déterminé, ce qui n'empêche pas le tribunal de juger au jour où il est ensuite saisi, s'il y a une autre mesure provisoire qu'il doit accorder. »

Une autre interprétation serait contraire aux règles de notre organisation judiciaire ; il faudrait un texte formel

pour permettre d'accorder au tribunal le droit de réformer l'ordonnance de son président.

La jurisprudence, elle aussi, se montre très hésitante et reflète toutes les opinions. Cependant la majorité des arrêts s'est longtemps ralliée au premier système en déclarant non recevable l'appel formé postérieurement à l'introduction de la demande (1), et la Cour dessaisie de l'appel interjeté avant l'assignation (2). Un certain nombre, au contraire, admettent avec nous que l'appel est recevable alors même que le tribunal est saisi de la demande principale au moment où il est interjeté (3), et que, même à ce moment, la Cour peut se prononcer sur le mérite de l'appel dont elle a été régulièrement saisie (4).

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette délicate question et elle l'a fait dans le sens de ces dernières décisions (5). Nous croyons devoir reproduire en entier cet arrêt, par lequel elle casse celui de la Cour de Paris du 24 décembre 1890 :

« Attendu que de la combinaison des paragr. 3 et 5 de l'art. 238 C. Civ., il résulte que, jusqu'au jour où le tribunal est saisi de la demande en divorce, le président statue par voie d'ordonnances sur les mesures provisoires que l'introduction de l'instance rend nécessaires, après quoi, les pouvoirs de ce magistrat passent au tri-

---

(1) Paris, 3e Ch., 13 août 1886. — Poitiers, 9 mai 1887, S., 89, 2, 9. — Paris, 3e Ch., 27 avril 1888 et 15 juin 1888, D., 88, 2, 241. — Pau, 28 janvier 1889, D., 90, 2, 16. — Nîmes, 13 février 1889, D., 90, 2, 333. — Paris, 3e Ch., 24 décembre 1890, D., 91, 2, 343. — Bordeaux, 3 juin 1892, D., 92, 2, 524.

(2) Paris, 1re Ch., 5 avril 1889, D., 90, 2, 333.

(3) Paris, 2e Ch., 3 février 1887, S., 89, 2, 9; — 1re Ch., 11 mars 1890, D., 90, 2, 333; S., 90, 2, 64; — 1re Ch., 29 avril 1890, D., 91, 2, 343.

(4) Paris, 5e Ch., 6 juin 1888, D., 90, 2, 333; — 4e Ch., 19 mars 1890; D., 90, 2, 350; — 1re Ch., 29 avril 1890; 3e Ch., 20 décembre 1890, D., 91, 2, 343.

(5) Cass., 29 juin 1892, D., 92, 1, 553 et la note de M. de Loynes; S., 93, 1, 242 et le rapport de M. le Conseiller Faure Biguet.

bunal, lequel, s'il y a lieu, modifie ou complète, sous forme de jugements d'incidents, les mesures provisoires déjà prescrites.

« Attendu que cette dernière disposition ne saurait avoir pour effet de supprimer le droit d'appel que le § 3 consacre expressément au profit de la partie intéressée, contre les ordonnances du président; que cette suppression ne résulte ni explicitement, ni implicitement, des termes employés par le § 5, dont le seul but a été d'autoriser le tribunal à pourvoir aux changements qui, durant l'instance, peuvent survenir dans la situation des parties et nécessiter des changements correspondants dans les mesures provisoires primitivement prescrites;

« Que vainement, pour décider le contraire, l'arrêt attaqué invoque les travaux préparatoires de la loi du 20 avril 1886; qu'il ressort de ces travaux que si la commission du Sénat avait bien, il est vrai, proposé une disposition additionnelle suivant laquelle l'ordonnance du président n'eût été susceptible d'appel qu'autant que le tribunal n'aurait pas encore été saisi de la demande principale, la disposition dont s'agit n'a pas été inscrite dans la loi; que, dès lors, l'appel, en cette matière, reste soumis aux principes généraux, sous la seule restriction du délai dans lequel il doit être formé... ».

Cette doctrine, nous le répétons, est la seule qui nous paraisse certaine dans l'état actuel des textes, et en présence des travaux préparatoires. Mais est-elle bien satisfaisante? Il faut bien reconnaître, qu'en réalité, les décisions du tribunal seront souvent en contradiction avec celles qu'aura rendues la Cour; bien que les pouvoirs du tribunal ne soient pas ceux d'un juge d'appel, et que l'on conçoive très bien que, au point de vue théorique, il n'y ait aucune contradiction entre les deux décisions de la Cour et du tribunal, il ne faut pas se dissimuler que le dernier mot appartiendra toujours à celui-ci, appelé à statuer sur la situation la plus récente. Et alors

ne serait-il pas préférable, au point de vue législatif, de revenir au système de M. Griffe?

Il faudrait même aller plus loin : pourquoi, au cours de l'instance, et pendant toute cette instance, la loi ne confierait-elle pas au magistrat conciliateur seul le soin de pourvoir aux mesures provisoires? On éviterait le conflit de juridiction dont nous venons de parler. Il n'y aurait, il nous semble, que des avantages à attribuer la connaissance de toutes les difficultés relatives à l'enfant à un seul juge, celui-là même qui a été appelé à intervenir dès le début des débats, qui connaît la situation morale des parents, qui sera mieux placé que quiconque pour apprécier les mesures qu'il conviendra de prendre, pendant toute cette période de lutte, pour sauvegarder les intérêts de l'enfant.

Mais la connaissance n'en serait pas pour cela refusée au tribunal. Il est juge de la demande principale, il serait juge d'appel de l'ordonnance du magistrat conciliateur. Et si l'on objecte que cette façon de procéder serait contraire aux principes de la hiérarchie judiciaire, nous dirons que le président du tribunal ne joue pas nécessairement le rôle de magistrat conciliateur et que ces fonctions pourraient très bien être dévolues à l'un des juges.

On arrive d'ailleurs à peu près au même résultat si l'on admet que le président, une fois le tribunal saisi de la demande principale, est encore compétent pour connaître des mesures provisoires, comme juge des référés. Avant le rétablissement du divorce, nous l'avons vu, on avait reconnu au président la faculté de statuer en référé, en cas d'urgence, au cours d'une instance en séparation de corps, sur les mesures provisoires et en particulier sur la garde des enfants. Depuis la loi de 1886, ce droit lui est expressément reconnu par l'art. 238, § 5, en ce qui concerne la résidence de la femme. Mais des termes mêmes de cette disposition, on peut être tenté de

déduire que la loi, en ne parlant que de la résidence de la femme, exclut implicitement la compétence du juge des référés pour les autres mesures. On dit que l'art. 806 C. pr., qui pose les principes généraux de la matière, ne s'applique que lorsqu'un texte spécial n'y a pas dérogé, et que c'est précisément le but de l'al. 5 de l'art. 238 C. Civ. (1).

Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter à cet argument *a contrario*; la disposition finale de ce paragraphe n'est pas limitative, et pour déroger à l'art. 806 C. pr., il faudrait un texte précis. La juridiction du référé est une juridiction de droit commun, et un texte formel serait nécessaire pour la refuser aux parties intéressées (2).

B. — *Mesures provisoires ordonnées par le Tribunal.*

Cette seconde période commence au jour où le demandeur saisit le tribunal en vertu de l'autorisation qui lui en a été donnée par l'ordonnance constatant la non conciliation (art. 238, al. 1, C. Civ.).

Dès ce moment, c'est au tribunal qu'il appartiendra de prescrire de nouvelles mesures s'il apparaît que l'intérêt des enfants nécessite une modification aux mesures primitives.

Les mesures ordonnées par le président ne sont donc pas destinées à durer indéfiniment. Ni le Code de 1804, ni la loi de 1884 ne l'avaient dit d'une manière formelle, mais la jurisprudence et la doctrine étaient d'accord pour reconnaître, en matière de séparation de corps, le

---

(1) Huc, *Commentaire du Code civil*, II, n° 329. — Coulon, *Du divorce et de la séparation de corps*, IV, p. 259. — Pau, 10 août 1887, D., 88, 2, 242. — Montpellier, 31 janvier 1895, D., 95, 2, 355.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 5e éd., I, p. 726. — Comp. note de M. Tissier *in fine*, dans Sirey, 97, 2, 137. — Grenoble, 2 mai 1891, S., 93, 2, 177 et la note.

caractère provisoire de ces mesures (1). On l'aurait sans doute admis également en matière de divorce.

Cette question a été résolue par la loi de 1886, dans les art. 238, § 5, et 240. Nous connaissons le premier de ces textes qui donne formellement au tribunal, après l'assignation, le droit de modifier les mesures prescrites par le président. Le second est encore plus explicite :

« Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur la réquisition du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants. »

Comme le magistrat conciliateur, le tribunal a un large pouvoir d'appréciation; il peut ordonner *toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants* (2). Il suit de là que, tout comme après le divorce, le droit de garde peut comporter pendant l'instance des modalités différentes, exigées par l'intérêt des enfants (3). Aucune règle n'est imposée au tribunal, qui n'est plus lié comme autrefois par un texte restrictif; il ne doit pas oublier cependant que, pendant l'instance, l'esprit de l'ancien art. 267. C. Civ. subsiste encore, et que si le plus grand avantage des enfants ne commande pas une autre mesure, la garde doit rester au mari.

L'art. 240 indique d'une façon précise les personnes qui peuvent intervenir dans l'intérêt des enfants. En premier lieu, les époux eux-mêmes ont le droit de demander au tribunal de régler le sort de leurs enfants;

---

(1) Massol, *Séparation de corps*, p. 154, n° 5. — Demolombe, IV, p. 530. — Carpentier, I, n° 213.

(2) Afin d'éviter des redites, nous étudierons les principales en traitant de la garde définitive.

(3) Duranton, II, n° 616. — Demolombe, IV, n° 453. — Laurent, III, n° 254. — Coulon, IV, p. 256. — Demante et Colmet de Santerre, I, n°s 321 et 342.

ce droit devait naturellement leur être accordé et n'appelle qu'une explication : le tribunal est-il tenu de sanctionner leur accord sur ce point? Il nous semble que, même dans ce cas, il ne perdra pas son pouvoir d'appréciation; mais s'il estime que la convention ne nuit en rien à l'intérêt des enfants, et si aucune objection n'est élevée par la famille ou le ministère public, il n'y a aucune raison pour qu'il ne consacre pas les dispositions prises par les époux (1).

En second lieu, un des membres de la famille pourra venir demander au tribunal de prendre telle ou telle mesure dans l'intérêt des enfants. On avait, sous l'empire de l'art. 267 C. Civ. qui n'employait pas la même formule et disait simplement : « *la famille* », soulevé la question de savoir s'il ne fallait pas entendre par cette expression : le conseil de famille; et l'on s'était généralement accordé pour reconnaître que telle avait dû être l'intention de la loi. Le législateur de 1886 a voulu faire cesser la controverse et, de sa volonté clairement exprimée, il résulte que ce pouvoir d'intervention est accordé à tout membre de la famille, même au-delà du degré successible.

Une intervention de cette nature est recevable en tout état de cause, même en appel (2).

Le ministère public peut aussi intervenir, en vertu de l'art. 240. Dans ce cas, il n'interviendra pas comme partie jointe, ainsi que cela a lieu le plus souvent en matière civile, et notamment dans l'instance de divorce proprement dite. Nous nous trouvons dans un des cas spéciaux où il est partie principale, et il est soumis, comme tout plaideur, aux règles générales de la procédure (sauf l'assistance d'un avoué) ; il pourra également se pourvoir par toutes les voies de droit contre la décision rendue.

---

(1) Paris, 22 novembre 1892, D., 93, 2, 523.

(2) Req. Cass., 28 février 1893, D., 93, 1, 279. — Paris, 15 novembre 1899, D., 1900, 2, 307.

L'art. 240 n'établit aucun ordre entre les différentes personnes auxquelles il donne le droit d'intervenir pour provoquer une décision du tribunal. Celui-ci pourra même, en dehors de toute réquisition, se prononcer d'office sur la question (1).

Ces décisions sont essentiellement provisoires et les personnes intéressées pourront toujours venir demander au tribunal d'ordonner de nouvelles mesures, si l'état de choses qui avait nécessité la première décision s'est modifié (2).

Par suite du caractère d'urgence que présentent, en général, les mesures relatives à la garde des enfants, on s'est demandé si, comme l'ordonnance du président, la décision du tribunal relative aux enfants était susceptid'exécution provisoire.

L'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence est que le tribunal peut ordonner, même d'office, l'exécution, nonobstant appel, des mesures relatives à la garde des enfants (3). On insiste sur ce caractère d'extrême urgence que présentent toujours, dit-on, les mesures provisoires, et qui a nécessité ce droit exceptionnel attaché à l'ordonnance du président. Il faudra admettre, à plus forte raison encore, l'exécution provisoire, lorsque l'affaire aura été examinée non plus seulement par le juge, mais par le tribunal tout entier. Sans doute la loi de 1886 est muette ; mais nous devons appliquer aux jugements rendus en matière de garde d'enfants les principes de droit commun, et nous trouvons dans l'art. 135 C. pr. une disposition générale qui s'applique certainement au cas de divorce : « L'exécution

---

(1) Cass., 15 décembre 1896, D., 97, 1, 420.

(2) Coulon, III, art. 240. — Massol, *De la Séparation de corps*, p. 154, n° 5. — Demolombe, IV, n° 453. — Laurent, III, n° 255.

(3) Coulon, III, p. 201. — Paris, 21 janvier 1895, S., 97, 2, 137. — Cass., req., 13 décembre 1899, D., 1900, 1, 134. — Grenoble, 30 juillet 1901, S., 1903, 2, 61.

provisoire pourra être ordonnée..... lorsqu'il s'agira : 6° de nomination de tuteurs, curateurs et autres administrateurs... » le gardien serait, au sens large du mot, un administrateur de la personne des enfants.

La plus grave objection que l'on puisse faire à ce système, c'est qu'il méconnaît absolument les règles de l'appel posées dans l'art. 457 C. pr. En principe, l'appel suspend l'exécution des jugements, et il faut un texte précis pour qu'il en soit autrement. Or, l'art. 135 du Code de procédure énumère les cas d'exécution provisoire, et il est bien certain que cette énumération est strictement limitative. De plus, de ce qu'une mesure est urgente, il ne s'ensuit pas que le jugement qui l'ordonne doive être exécuté provisoirement malgré l'appel. L'arrêt de la Cour de Paris, du 21 janvier 1895, précité, affirme un principe contraire mais qui ne résulte d'aucun texte. D'après lui, ces règles générales de procédure ne s'appliqueraient pas aux décisions statuant sur la garde des enfants parce que la loi aurait étendu au cas d'un jugement du tribunal la règle de l'exécution provisoire posée par l'art. 238, § 3, pour l'ordonnance du président. C'est du moins ce qui paraît résulter des considérants de l'arrêt et du rapprochement qu'il fait des art. 238 et 240. Mais nous ne pouvons transporter d'un texte à l'autre une solution exceptionnelle et nous nous rallions sans hésitation à cette opinion qui a seule le mérite de respecter le texte de la loi (1).

D'ailleurs les inconvénients pratiques de cette solution, signalés par tous les auteurs — il y a en effet, des cas où l'urgence sera extrême et où par suite il serait bon que les mesures fussent prises le plus promptement possible, — disparaîtront si l'on admet avec nous la compétence du juge des référés au cours de l'instance ;

---

(1) Sur tous ces points, voy. article de M. Tissier, dans *Revue critique*, 1896, p. 554. — Carpentier, I, n° 147.

il n'y aura, en effet, qu'à faire statuer par le président en référé sur les cas urgents, pour avoir une décision exécutoire malgré appel.

Mais nous admettons, avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, que le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution de l'arrêt relatif à la garde des enfants pendant l'instance. Il est vrai que, d'après l'alinéa 6 de l'art. 248 « le pourvoi est suspensif » ; et de cette généralité d'expression est née la seule raison de douter. Nous verrons que depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1891 (1), il est admis en jurisprudence que l'effet suspensif du pourvoi s'applique non seulement à l'arrêt qui prononce le divorce, mais encore à tous ceux qui peuvent être rendus en cette matière, comme les jugements interlocutoires ou ceux qui rejettent la demande. Mais cette solution est soumise à une restriction nécessaire (2) : on ne saurait étendre l'effet suspensif du pourvoi aux décisions qui ne statuent que sur les mesures provisoires, c'est-à-dire destinées à être exécutées pendant l'instance, car ce serait leur enlever leur raison d'être. C'est ce que précise en termes formels un arrêt de la Cour de Grenoble du 30 juillet 1901 (3) : « L'effet suspensif d'un pourvoi en matière de divorce ou de séparation de corps, ne saurait s'étendre à des mesures destinées à être appliquées provisoirement pendant la durée de l'instance....., telles que les décisions judiciaires relatives à la garde de l'enfant. »

---

(1) Civ., Cass., D., 92, 1, 291.

(2) Huc, II, n° 384. — Rennes, 30 juillet 1895, D., 97, 2, 164. — Cass., req., 13 décembre 1899, D., 1900, 1, 134, et le rapport de M. le Conseiller Denis.

(3) D., 1903, 2, 61.

CHAPITRE IV

Le droit de garde après le divorce.

Le divorce est prononcé ; tout lien vient d'être rompu entre les époux qui seront désormais étrangers l'un à l'autre. La dissolution du mariage crée pour les enfants une situation nouvelle, et il était nécessaire que le jugement qui consacre définitivement la désunion vînt en régler la garde, comme on l'a déjà fait pendant l'instance.

Il va, du reste, pouvoir le faire d'une façon plus précise ; une fois les débats terminés, le juge est plus à même d'apprécier la valeur morale des époux et de choisir, en connaissance de cause, celui des deux qui lui paraîtra présenter le plus de garanties pour la meilleure éducation des enfants.

Le législateur, dans les art. 302 et 303 C. Civ. qui ont été reproduits sans modification par les lois de 1884 et de 1886, a posé le principe qui doit être suivi par le juge.

La garde doit être confiée à l'époux qui a obtenu le divorce, c'est-à-dire au plus digne (1). Nous voyons ici

---

(1) Nous retrouvons ce principe dans toutes les législations étrangères ; mais un certain nombre d'entre elles ont cru bon de fixer, ainsi que l'avait fait notre droit intermédiaire, un âge au-dessous duquel les enfants devront être confiés à la mère, même coupable, mesure qui est, chez nous, complètement laissée à l'arbitraire des tribunaux. — En Autriche, à moins que les anciens époux n'aient décidé d'un commun accord auquel d'entre eux devra incomber l'édu-

apparaître cette idée que la garde des enfants doit être la récompense de l'époux reconnu non coupable. En outre, la loi, obligée de choisir entre les deux parents, a pensé que celui qui avait été bon époux serait aussi celui qui saurait le mieux remplir ses devoirs d'éducation envers ses enfants. Pendant l'instance, le principe devait être différent ; jusqu'au jugement définitif, on ne sait de quel côté seront les torts, et il était logique de conserver la prééminence du père.

Mais ce principe n'est pas absolu. L'intérêt de ceux qu'il s'agit de protéger prime tout et l'art. 302 indique, dans sa seconde partie, que ce doit être le motif déterminant de la décision des magistrats : « à moins que le

---

cation des enfants issus du mariage, le tribunal veille d'office et sans admettre de débat sur ce point, à ce que les garçons jusqu'à quatre ans révolus, les filles jusqu'à sept, soient élevés par la mère, aux frais du père; sauf telle autre mesure qui lui paraîtrait commandée, par la cause du divorce notamment (§ 142 Code Civil).

En Hongrie, sauf convention contraire des parents, les enfants restent jusqu'à l'âge de sept ans auprès de leur mère; passé cet âge, ils sont confiés à l'époux non coupable, et, si les deux époux ont été déclarés coupables, les fils au père, les filles à la mère. Le juge peut prendre telles autres mesures qui lui paraissent nécessitées par l'intérêt des enfants.

Les législations des différents cantons suisses édictent des règles analogues, qui ne diffèrent que par l'âge au-delà duquel les enfants ne sont plus nécessairement confiés à la mère (Zurich, art. 223-227 Code Civil. — Thurgovie, art. 123-127 Code Civil.— Code de Schaffouse, art. 210-214. — Soleure, § 158 du Code. — Argovie, § 149.

En Allemagne, la garde des enfants, pendant toute la vie des époux, appartient à l'époux innocent, si un seul des conjoints a été déclaré coupable. Si les deux ont été déclarés coupables, la garde des fils au-dessous de six ans, et des filles est donnée à la mère, celle des fils âgés de plus de six ans au père. Le tribunal des tutelles peut faire une distribution différente si elle est commandée par les circonstances et l'intérêt de l'enfant (art. 1635 Code de 1900).

En Espagne, les enfants sont également placés sous la puissance de l'époux innocent; et, si les deux époux sont coupables, on met les enfants en tutelle. Cependant, la mère conserve toujours, à moins d'une disposition contraire du jugement, la garde des enfants qui ont moins de trois ans.

Tribunal... n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne ».

SECTION I

A qui la garde peut-elle être confiée ?

Lors donc que des motifs graves nécessitent qu'il soit fait échec au principe de l'art. 302, la loi permet de confier les enfants, ou quelques-uns d'entre eux, à l'époux coupable. Mais il faut absolument que l'intérêt de l'enfant commande cette décision.

On donnera, par exemple, la garde des enfants à la mère coupable lorsqu'ils sont en bas âge et que les soins maternels leur sont encore indispensables. C'est le cas le plus fréquent et nous n'avons pas relevé de décision confiant les enfants au père condamné. Un arrêt de la Cour de Paris, du 20 août 1886 (1), a même été très loin dans cette voie : le divorce avait été prononcé contre une femme pour tentative de meurtre sur la personne de son mari ; le jugement lui accordait néanmoins la garde de ses enfants en se fondant sur ce que la conduite du mari justifiait cette mesure dans l'intérêt de l'enfant et que rien dans la vie de la femme ne permettait de la considérer comme indigne de conserver la garde.

Au cas où aucun des deux époux n'offrira de garanties suffisantes, les enfants pourront être remis aux soins d'une tierce personne. En général, le Tribunal s'adressera à l'un des membres de la famille de l'un ou de

---

(1) D., 1888, 2, 101.

l'autre des conjoints; mais il pourrait également désigner une personne étrangère à la famille (1).

Non seulement les juges ont un souverain pouvoir d'appréciation pour déroger au principe posé dans l'art. 302, mais encore pour régler le mode suivant lequel cette garde devra s'exercer (2), et comme il s'agit d'une appréciation de fait, leur décision échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il est impossible d'énumérer toutes les mesures que pourra contenir le jugement, qui varieront à l'infini, suivant les circonstances. Les juges s'efforcent de concilier le plus possible les revendications des époux, en accordant au conjoint non gardien le droit de visiter son enfant, à certaines conditions (3), en le lui confiant même à certaines époques, notamment durant le temps des vacances : « En autorisant les père et mère à recevoir alternativement et conserver quelque temps auprès d'eux leurs enfants, pendant les vacances des maisons d'éducation où ils sont placés, disait M. le conseiller Denis, à propos de l'arrêt de cassation du 28 février 1893, les magistrats croient accorder satisfaction à des convenances sociales, à des droits respectables, maintenir des sentiments et des devoirs dont l'oubli serait profondément fâcheux. Par ce moyen encore, ils corrigent la dureté de certaines situations, et il semble que ce partage d'enfants, quand il est compatible avec leur sauvegarde morale, doit être assuré d'un acte approbatif de l'opinion ».

Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé que les juges n'outrepassaient pas leur pouvoir et ne violaient pas l'art. 302 en remettant alternativement les enfants à

---

(1) Cass., 3 avril 1865, D., 65, 1, 287. — 24 novembre 1886, *Pand. fr.*, 87, 1, 81.

(2) Cass., 28 février 1893, S., 93, 1, 357.

(3) Cass., 1er août 1883, S., 84, 1, 116.

chacun des époux (1). Ils peuvent également les confier pendant leur bas âge à la mère et ensuite au père (2).

Il arrivera parfois qu'un accord interviendra entre les époux sur cette question de la garde. Nous croyons que, pas plus que pendant l'instance, le Tribunal ne serait lié par la convention des parties ; il devra évidemment en tenir compte et la sanctionner toutes les fois qu'il la jugera conforme à l'intérêt des enfants, mais dans le cas contraire, rien ne l'empêchera d'y substituer d'autres mesures (3).

Nous venons de voir que dans l'intérêt des enfants, le Tribunal avait la faculté de déroger au principe de l'art. 302. Dans sa seconde partie, cet article nous indique quelles personnes peuvent intervenir dans ce but : ce sont la famille et le ministère public.

A. — *La famille.* — Avant la loi de 1886, il y avait parmi les auteurs et la jurisprudence une grande hésitation sur l'interprétation à donner à ces mots : la famille.

Suivant certains (4), la loi avait sans aucun doute voulu désigner l'ancienne assemblée de famille que nous avons vue organisée par la loi du 20 septembre 1792, et qui était appelée à statuer sur la condition des enfants. Elle n'aurait plus eu alors de pouvoir, de décision propre, mais aurait seulement été consultée par le tribunal qui devait décider en dernier ressort.

D'autres entendaient par là toute réunion de parents à

---

(1) Arrêt du 28 février 1893 précité. — Cass., 1er mars 1897, S., 98, 1, 72.

(2) Cass., 29 avril 1862, S., 62, 1, 445.

(3) Demolombe, IV, n° 511. — Massol, p. 379. — Cass , 3 janvier 1893, S., 93, 1, 251. — *Contra :* Carpentier, I, n° 377.

(4) Carpentier, I, n° 379.

un degré quelconque; l'essentiel était qu'ils se présentent plusieurs (1).

La majorité des auteurs (2) pensaient que ce mot famille désignait le conseil de famille : c'est, disait-on, la seule assemblée qui, dans notre Code, soit appelée à s'occuper des intérêts généraux de la famille; il est vraisemblable que c'est à elle qu'avait songé le législateur en employant ce terme trop vague de famille. La jurisprudence était en ce sens.

La seule opinion qui paraisse soutenable dans l'état actuel des textes, est celle qui attribue au mot famille une portée générale permettant à tout membre de la famille de venir demander au tribunal de confier l'enfant à une autre personne qu'à l'époux qui a triomphé.

Cette interprétation est commandée par l'idée même qui a présidé à la modification introduite dans le nouvel art. 240 qui a remplacé l'art. 267. Le rapporteur de la loi, M. Labiche, expliqua que pour faire cesser toute équivoque on avait substitué aux mots *la famille*, employés dans l'ancien article, ceux plus explicites de : *un des membres de la famille*. « Sous l'empire du Code, a-t-il dit, la jurisprudence belge a admis que les parents intervenaient après s'être constitués en une sorte de conseil. Ce n'est point cette solution qu'autorise le projet. Tout membre de la famille, pris individuellement, en son nom, mais dans l'intérêt de l'enfant, pourra demander au tribunal telles mesures qu'il jugera avantageuses » (3).

L'ancienne rédaction a subsisté, il est vrai, dans

---

(1) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, II, n° 743. — Riom, 11 mai 1885, *Gaz. trib.*, 20 août 1885.

(2) Demolombe, IV, n° 454. — Laurent, III, n° 293. — Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, § 148, note 14.

(3) Rapport de M. Labiche au Sénat : S., *Lois annotées*, 1886, p. 54, note 21.

l'art. 302, mais rappelons-nous que cet article a été reproduit sans modification et n'a été l'objet d'aucune discussion à la Chambre ou au Sénat. Laissé en dehors de la loi de 1886, il doit être interprété par le rapprochement de l'art. 240 et le mot famille doit y avoir le même sens; il semble naturel de donner la même interprétation à deux articles qui prévoient deux hypothèses semblables et tendent au même but (1).

« L'art. 240, dit la Cour de cassation (2), attribue qualité à l'un des membres de la famille pour provoquer les mesures provisoires qui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants; ce texte commande la même interprétation de l'art. 302 qui dispose, dans le même esprit, que sur la demande de la famille, les enfants peuvent être confiés à une tierce personne; en effet, la raison de décider est la même dans les deux cas puisque les mesures ordonnées pour la durée de l'instance ou pour le temps qui suivra le jugement définitif de divorce, seront toujours susceptibles de modifications et n'auront jamais qu'un caractère provisoire. »

Aussi la plupart des auteurs ont-ils abandonné leur première opinion; tout parent, au degré successible ou non, agissant individuellement, pourra se prévaloir des dispositions de l'art. 302 et venir demander au tribunal de confier les enfants à une autre personne qu'à l'époux innocent (3). C'est ainsi que nous voyons les tribunaux admettre, par exemple, l'intervention des grands-parents, ou celle d'un oncle des enfants (4).

---

(1) Coulon, V, p. 521. — Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Cheneaux, *Traité des personnes*, t. III, p. 172. — Huc, *Commentaire du Code Civil*, II, n° 424.

(2) Cass., 28 février 1893, D., 93, 1, 279. — *Sic*, Paris, 17 juillet 1886, S., 88, 2, 129; D., 87, 2, 211. — Cass., req., 19 novembre 1888, *Pand. franç.*, 89, 1, 271.

(3) Coulon, V, p. 121. — Carpentier, II, n° 176.

(4) Paris, 17 juillet 1886, précité.

B. — *Le ministère public.* — Le ministère public peut, lui aussi, intervenir dans l'intérêt des enfants; il faut qu'il le fasse comme partie principale, en formant une demande spéciale; un simple avis ne suffirait pas. Il a même de ce chef le droit d'interjeter appel.

C. — *L'époux coupable a-t-il le droit de demander au tribunal de ne pas confier l'enfant à son conjoint?* — L'art. 302 ne nous signale, comme pouvant lui demander de déroger à la règle qu'il vient d'établir, que la famille et le ministère public. Faut-il refuser à l'époux coupable ce droit que l'art. 240 lui accorde au cours de l'instance?

On nous dit que oui, et l'on s'appuie précisément sur la différence de rédaction des deux textes qui révèlerait l'intention du législateur de ne pas accorder ce droit d'intervention à l'époux qui succombe. Au cours de l'instance, quand il s'est agi de demander la modification des mesures provisoires, on comprend que la loi ait accordé cette faculté aux deux époux, car alors il n'y a pas encore d'époux coupable; on ne peut dire lequel des deux triomphera. Tandis qu'une fois l'instance terminée, les magistrats sont éclairés, et c'est volontairement que la loi refuse le droit de réclamer la garde à l'époux coupable. Ce système a surtout des défenseurs en Belgique (1).

Nous ne croyons pas que cette doctrine doive être admise. L'argument présenté par nos adversaires est absolument sans valeur. Lorsque les époux déposent des conclusions relatives aux mesures à prendre, quant à la garde des enfants, il n'y a pas encore à ce moment d'époux coupable, et leur demande est évidemment

---

(1) Laurent, III, n° 293. — Bruxelles, 16 janvier 1882, et conclusions de M. l'avocat général Van Schoor, *Pas. bel.*, 1882, 2, 205. — Tribunal de Bruxelles, 26 février 1887.

recevable ; on ne comprend pas pourquoi elle devrait être rejetée lorsque le jugement de divorce aura été rendu contre celui qui l'avait introduite. On pourrait soutenir à la rigueur un système qui refuserait à l'époux qui succombe le droit de venir demander après le jugement définitif une modification à la garde, en prêtant au législateur l'intention d'édicter une sorte de pénalité contre l'époux coupable en le privant de toute action relative à la garde des enfants. Ici, notre hypothèse est différente.

De plus, l'intervention de l'époux qui succombe peut-elle, en principe, porter un préjudice quelconque aux enfants ? Nous ne le croyons pas. En édictant la règle de l'art. 302, le législateur n'a eu en vue que « le plus grand avantage des enfants, » il le dit lui-même ; c'est la seule considération dont doive s'inspirer le tribunal. S'il apparaît que la demande de l'époux coupable ne s'appuie sur aucun motif sérieux, il l'en déboutera ; il pourra même le condamner à des dommages-intérêts en cas de procès téméraire ou vexatoire. S'il estime au contraire que la prétention de cet époux est conforme à l'intérêt bien entendu des enfants, pourquoi devrait-il refuser de faire droit à ses conclusions ?

Si l'on admet d'ailleurs qu'en employant le mot famille le législateur a entendu parler d'un membre quelconque de la famille, il faut bien reconnaître que l'époux coupable peut, en cette qualité, intervenir dans l'intérêt des enfants (1). Ce droit, il le possède incontestablement après le jugement de divorce, car la disposition de l'art. 303, qui accorde au conjoint qui succombe le droit de surveiller l'éducation des enfants, serait ineffi-

---

(1) Agen, 5 février 1900, *Pand. fr.*, 1902, 2, 217 : « Si l'art. 302 n'a pas mentionné expressément les époux qui plaident en divorce au nombre des personnes qui peuvent intervenir en faveur des enfants, c'est que le législateur les a compris dans le nom générique de famille ».

cace et dépourvue de toute sanction si cet époux ne pouvait demander au tribunal de désigner la personne à laquelle devra être confiée la garde des enfants. On ne comprendrait guère que possédant cette faculté au cours de l'instance, et après le divorce, on la lui refuse au moment du jugement (1).

D. — *Le tribunal peut-il statuer d'office?* — Au cas où aucune intervention ne se produira, ni de la part des époux, ni de celle de la famille ou du ministère public, le tribunal serait, croyons-nous, obligé d'obéir au principe de l'art. 302, c'est-à-dire d'attribuer la garde des enfants à l'époux qui aurait obtenu le divorce ; nous ne lui reconnaissons pas le droit de se faire d'office l'arbitre de leur sort. Il n'aurait servi de rien au législateur, d'édicter un principe s'il avait permis au juge d'y substituer sa volonté propre (2).

SECTION II

Caractère provisoire des mesures concernant la garde et tribunal compétent pour les réformer.

Il peut arriver que des circonstances, que les magistrats n'avaient pu prévoir à l'époque où ils ont rendu leur décision, soient susceptibles de nuire gravement à l'intérêt des enfants, et qu'il devienne nécessaire de modifier les mesures précédemment ordonnées. Ce sera, par exemple, un nouveau mariage du gardien ou un changement de situation préjudiciable aux intérêts du

---

(1) Huc, II, n° 424. — Poulle, p. 240. — Paris, 17 juillet 1886, S., 88, 2, 129.

(2) Laurent, III, n° 293. — Coulon, V, p. 112. — Huc, II, n° 423. — *Contra :* Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Cheneaux, III, n° 270.

mineur; les enfants auront grandi et leur âge peut exiger des soins différents.

Il était impossible de faire participer la partie du jugement de divorce qui règle l'attribution de la garde et les mesures accessoires qui en sont la suite, de l'autorité de la chose jugée. Aussi est-il de principe que ces mesures sont toujours révocables (1). Admettre le contraire eût été méconnaître ce que le législateur a maintes fois recommandé de considérer : l'intérêt des enfants, qui exige que les décisions qui les concernent puissent être modifiées toutes les fois qu'il est nécessaire. Sans cela, de quelle utilité serait le droit de surveillance du conjoint non gardien? La surveillance qu'il sait devoir s'exercer sur lui, et la possibilité d'un retrait du droit de garde, seront des garanties sérieuses du zèle avec lequel l'époux gardien remplira sa mission.

Mais il faut des motifs sérieux pour venir demander au Tribunal d'ordonner de nouvelles mesures et, ainsi que le dit un arrêt de la Cour de Rouen du 7 juin 1899 (2) « que des circonstances fortuites ou imprévues se soient produites et qu'en face de ces éventualités nouvelles, le plus grand avantage des enfants exige que la décision primitive soit modifiée ».

Voilà le principe. On ne peut songer à entrer dans le détail de tous les faits qui peuvent donner lieu à la révocation des mesures primitives et dont l'appréciation est laissée aux tribunaux.

Il arrivera souvent qu'un second mariage de la mère rendra nécessaire la révocation des mesures relatives à la garde; mais ce fait en lui-même, et en l'absence de

---

(1) Civ. Cass., 25 août 1884, D., 85, 1, 206, et sur renvoi Orléans, 8 janvier 1885, D., 86, 2, 83. — Paris, 17 juillet 1886, D., 87, 2, 211. — Cass., 24 novembre 1886, *Pand. fr.*, 1887, 1, 81. — Req., 6 février 1889, D., 90, 1, 269. — Paris, 19 mars 1890, D., 90, 2, 350. — Req., 28 février 1893, D., 93, 1, 279. — Cass., 4 juillet 1893, S., 93, 1, 424.

(2) D., 1900, 2, 287.

circonstances pouvant impliquer de la part de cet époux l'oubli de ses devoirs, ne pourrait entraîner la modification des mesures antérieurement prises à l'égard des enfants. Le second mariage de l'époux divorcé constitue l'exercice d'une faculté qui lui est accordée par la loi et ne peut en lui-même être un motif suffisant pour faire échec aux dispositions du jugement qui a réglé ses rapports avec ses enfants nés d'un précédent mariage.

Toutes les personnes visées par l'art. 302, c'est-à-dire les anciens époux, les membres de la famille et le ministère public, pourront venir demander la modification des mesures primitives ; cet article est général et doit s'appliquer même lorsqu'il s'agit d'intervenir après le jugement de divorce (1).

En vertu du principe que les tribunaux connaissent de l'exécution de leurs jugements, la juridiction qui a admis le divorce et statué sur la garde des enfants, reste compétente, malgré le changement postérieur de domicile des époux divorcés, pour modifier les mesures primitives (2). Cette solution, certaine en droit, ne présente que des avantages au point de vue pratique. Les magistrats devant lesquels ont eu lieu les débats, ayant pu apprécier les garanties que présentent l'un et l'autre des époux, connaissant le fond du procès, seront plus à même que d'autres d'apprécier si les circonstances ont changé et s'il convient, ainsi qu'on le leur demande, de rectifier ou de compléter leur première décision.

Certains auteurs font une distinction et estiment que le Tribunal compétent sera celui du domicile de l'époux qui a obtenu le divorce lorsque le jugement définitif ne contient aucune décision relative aux mesures qui nous

---

(1) Paris, 17 juillet 1886, D., 87, 2, 211.

(2) Carpentier, II, n° 178. — Coulon, III, art. 302. — Cass., 25 août 1884, S., 84, 1, 424. — Orléans, 8 janvier 1885, S., 85, 2, 45. — Paris, 15 avril 1886, S., 86, 2, 182. — Cass., 28 février 1893, D., 93, 1, 279.

occupent, et que plus tard on vient demander une modification à la situation existant en fait (1). Il y a, dit-on, une action nouvelle, indépendante de l'action principale en divorce.

Nous croyons que, même dans ce cas, il faut attribuer compétence exclusive aux juges qui ont rendu la première décision ; seuls ils peuvent régler en connaissance de cause l'exercice du droit de garde. Toute demande en modification à la garde se rattache en somme aux mesures prescrites par le juge de l'instance principale, et les règles de notre droit exigent que la juridiction qui a rendu un premier jugement connaisse des difficultés relatives à son exécution.

En cas d'urgence, le juge des référés pourra connaître des difficultés relatives au droit de garde et être appelé à modifier les mesures prises par le jugement définitif (2). Il avait déjà ce droit, selon nous, pendant l'instance, il est tout aussi nécessaire de le lui accorder après le divorce. Ici, sa compétence résulte du principe général posé dans l'art. 806 C. pr.

SECTION III

Exécution des mesures relatives à la garde des enfants.

L'exécution des mesures ordonnées par le tribunal peut donner lieu à des difficultés de la nature suivante : l'époux auquel le jugement n'attribue pas la garde des

(1) Coulon, V, p. 123. — Nancy, 28 juillet 1884, D., 86, 2, 83.

(2) Paris, 4 juillet 1894, *Gaz. trib.*, 29-30 octobre 1894. — Rouen, 7 juin 1899, D., 1900, 2, 287.

enfants les a, en fait, en sa possession et refuse de les remettre soit à l'autre époux, soit au tiers désigné par le tribunal ; ou bien encore les soustrait à la surveillance de celui auquel ils avaient été confiés. Ceci peut se produire soit au cours de l'instance, soit après le jugement définitif, et ce que nous allons dire s'applique aux deux hypothèses. Il y a là des actes répréhensibles non seulement parce que celui des parents qui les commet porte atteinte aux droits de l'autre, mais aussi parce qu'il entrave des mesures judiciaires dont il importe d'autant plus d'assurer l'exécution qu'elles ont été ordonnées dans l'intérêt moral des enfants.

Force doit donc rester à la loi, et la jurisprudence et les auteurs ont dû chercher dans le droit commun, le moyen de contraindre l'époux récalcitrant à exécuter le jugement.

Un premier procédé, qui nous semble parfaitement légal, consiste dans l'emploi de la force publique. Il est admis que l'huissier chargé d'exécuter la décision ordonnant la remise des enfants peut, en cas de résistance, se faire assister des agents de la force publique et employer la violence, pourvu qu'elle ne soit pas poussée à l'excès. C'est le mode normal d'exécution forcée des jugements.

Ce moyen peut être efficace, mais il n'est pas toujours possible ; les enfants auront pu être conduits dans une retraite ignorée, et l'on conçoit que dans ce cas le moyen proposé soit impraticable. Aussi a-t-on cherché d'autres moyens de sanctionner l'obligation imposée à l'époux, de remettre l'enfant à la personne désignée par la justice, et les tribunaux ont prononcé contre lui des condamnations pécuniaires : dommages-intérêts ; astreinte par chaque jour de retard ; saisie-arrêt des revenus. Ils manifestent par là leur volonté de ne pas laisser sans sanction une prescription qu'ils ont édictée dans l'intérêt des enfants et qu'il importe de faire respecter, et l'on ne

peut que les en louer. Mais il est bien difficile, en droit, de défendre ces différents moyens.

La jurisprudence, pour condamner l'époux récalcitrant à des dommages-intérêts, s'appuie sur l'art. 1142 C. Civ.: la personne qui détient indûment les enfants est tenue d'une obligation de faire, obligation qui, en cas de retard ou d'inexécution, se résout en des dommages-intérêts (1).

Mais pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts, il faudrait montrer que le créancier, dans l'espèce celui des époux à qui l'enfant devait être remis, souffre d'un préjudice de nature à servir de base à l'évaluation de dommages-intérêts. On ne le voit pas bien. Et si c'est un étranger qui devait avoir la garde des enfants, quel préjudice pourrait-il bien invoquer à l'encontre du père ou de la mère qui, par un sentiment d'affection peut-être, veulent à tout prix les conserver. C'est également l'opinion de M. Labbé (2); il est d'avis que, au cas où la femme avait provisoirement la garde de ses enfants, si le divorce est prononcé contre elle et la garde attribuée au mari, les tribunaux ne pourraient pas la condamner à des dommages-intérêts pour chaque jour de retard jusqu'à la remise des enfants.

Si quelqu'un peut souffrir d'un retard en pareil cas, ce seront bien plutôt ces derniers, privés qu'ils seront de la protection de la personne que les tribunaux avaient désignée en considérant « leur plus grand avantage. » Et si l'époux récalcitrant doit être condamné à payer des dommages-intérêts, c'est bien aux enfants qu'ils devraient être attribués. C'est, à notre sens, le seul moyen de justifier la solution de la jurisprudence; si

---

(1) Demolombe, IV, nos 105 et suiv. — Coulon, IV, p. 259. — Cass., 4 avril 1865, D., 65, 1, 387. — Cass., 18 mars 1878, S., 78, 1, 193. — Cass., 8 juin 1896, *Pand. fr.*, 97, 1, 95. — *Contra*, Laurent, n° 256.

(2) Note de M. Labbé sous Cass., 18 mars 1878, précité.

l'on admet que l'époux gardien a, non seulement la garde de la personne de l'enfant, mais qu'il a encore qualité, dans la théorie que nous croyons certaine et qui sera plus amplement développée à propos de l'administration légale, pour défendre et gérer ses intérêts pécuniaires, cet époux pourra, au nom de son enfant, demander des dommages-intérêts à son conjoint qui refuse de le lui rendre (1).

Un autre procédé, voisin du précédent, a été également employé par la jurisprudence : c'est la condamnation à une astreinte.

L'astreinte est une véritable pénalité ; c'est une condamnation pécuniaire prononcée à titre de menace par le juge civil pour contraindre la partie qui succombe à exécuter la décision prononcée contre elle. La condamnation à des dommages-intérêts apparaît comme la réparation du préjudice causé par l'inexécution du jugement, et l'astreinte comme une peine prononcée contre la partie qui a succombé et qui résiste. Ce procédé, appliqué lorsqu'il s'agit de mesures concernant la garde des enfants, nous paraît tout à fait illégal. Il ne peut y avoir de condamnation sans un texte, et l'astreinte est avant tout une pénalité.

D'autres arrêts ont admis comme moyen d'exécution, un procédé encore plus arbitraire : la saisie-arrêt des revenus du conjoint récalcitrant (2).

Ce moyen était déjà fort critiqué lorsque avant le rétablissement du divorce, la jurisprudence l'employait pour contraindre la femme à rentrer au domicile conjugal, en s'appuyant sur ce que, en quittant ce domicile, la femme violait une obligation qu'elle avait contractée en se mariant, et que de ce fait elle était débitrice au sens large du mot (3). Mais dans le cas qui nous inté-

(1) V. note de M. Labbé dans S., 1879, 2, 97.
(2) Coulon, IV, p. 259. — Cass., 18 mars 1878, S., 78, 1, 193.
(3) Demolombe, IV, n° 100 et suiv. — Cass., 4 avril 1865, D., 65, 1, 387.

resse, on ne peut dire que l'époux récalcitrant soit débiteur. Une saisie-arrêt ne peut être pratiquée que pour l'exécution d'une obligation relative à une somme d'argent, ou pouvant se convertir en un équivalent pécuniaire. Ce n'est pas ici le cas (1).

Tout en reconnaissant l'illégalité des mesures de coercition employées par la jurisprudence, nous devons l'approuver cependant d'avoir remédié de sa propre autorité à une situation fâcheuse pour ceux qu'elle avait le devoir de protéger d'une façon efficace.

Maintes fois les auteurs se sont élevés contre la lacune de la loi et ont demandé que le fait pour l'un des époux de ne pas remettre l'enfant à celui qui s'en est vu confier la garde, constituât un délit spécial.

Il n'existait en effet, avant 1901, dans nos lois pénales, aucune sanction contre les entreprises du père ou de la mère, déchu du droit de garde, qui pouvait, en ne s'exposant qu'à une action en dommages-intérêts souvent illusoire, refuser de représenter, ou enlever ses enfants, et tenir ainsi en échec les décisions de la justice. On ne pouvait songer à appliquer les dispositions des art. 345, § 4, et 354 du Code pénal, relatives à l'enlèvement de mineurs. C'eût été aller trop loin ; la jurisprudence et la doctrine s'y sont toujours refusées (2). Un arrêt récent de la Cour de cassation vient encore de consacrer ce principe (3), en décidant « que l'art. 345 C. pén., étranger aux rapports des père et mère au sujet de la garde de leurs enfants, prévoit uniquement le détournement commis à leur préjudice sur la personne de leurs enfants par ceux à qui cet enfant aurait été confié ; que cet article

---

(1) Duranton, I, n° 367 ; II, n° 438. — Laurent, III, n° 256.

(2) Rennes, 14 octobre 1842, S., 42, 2, 542. — Cass., 9 novembre 1893, S., 95, 1, 525.

(3) Crim. Cass., 5 avril 1900, S., 1902, 1, 428. — *Sic*, Crim. Cass., 22 mars 1900, D., 1901, 1, 182.

ne saurait, sans une extension abusive, être appliqué soit au père, soit à la mère qui refuse de représenter son enfant, à cause des liens étroits que la nature a créés entre eux et qui subsistent même après la séparation de corps ou le divorce. »

Devant cette lacune, une loi du 5 décembre 1901 est venue créer un délit nouveau (1), en édictant des peines contre le père ou la mère qui, à la suite d'une décision de justice ayant statué sur la garde d'un enfant, au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou en divorce, ne le représenteraient pas, l'enlèveraient ou le détourneraient dans certaines conditions déterminées (2). L'article unique de cette loi a ajouté ces dispositions à l'article 357 du Code pénal. En voici le texte :

Article unique — Il est ajouté le paragraphe suivant à l'article 357 du Code pénal :

« Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur, par décision de justice provisoire ou définitive, au cours ou à la suite d'une instance de séparation de corps ou de divorce, ou dans les circonstances prévues par les lois des 24 juillet 1889 et 19 avril 1898, le père ou la mère qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 5.000 fr. Si le coupable a été déclaré

---

(1) *Bull. Off.*, 2311, n° 40.814. — Rapport à la Chambre, *J. Off.*, Doc. parl., janvier 1901, p. 268. — Exposé des motifs au Sénat, *J. Off.*, Doc. parl., juillet 1901, p. 265.

(2) Ces dispositions s'appliquent également à certains cas des lois du 24 juillet 1889 et du 19 avril 1898, où les père ou mère, même non déchus de la puissance paternelle, peuvent se voir retirer la garde de leurs enfants; ces lois n'avaient édicté aucune sanction.

déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans ».

Nous croyons que, depuis cette loi, les différents moyens de contrainte dont se servait la jurisprudence et dont nous avons critiqué la légalité, ne pourraient plus être employés ; sauf cependant l'emploi de la force armée, qui est le mode normal d'exécution forcée des jugements.

Le Tribunal correctionnel de Lille (1), a fait jusqu'à présent, à notre connaissance, la seule application de cette loi, en condamnant la mère qui avait quitté le domicile conjugal avec son enfant, et l'avait fait disparaître ensuite, afin de ne pas le remettre au père à qui la garde provisoire était attribuée par l'ordonnance du Président.

SECTION IV

Voies de recours.

Nous passerons brièvement sur les voies de recours par lesquelles le jugement prononçant le divorce et statuant sur la garde les enfants est susceptible d'être attaqué. Les explications que nous avons données lorsqu'il s'agissait d'attaquer des mesures prises pendant l'instance, nous ont permis de poser les principes dont nous allons ici retrouver l'application.

Le jugement définitif peut être attaqué par toutes les voies de recours de droit commun : opposition, appel, pourvoi en cassation, requête civile.

A. *Opposition.* — Le Code Civil et la loi de 1884 n'en parlaient pas ; on appliquait aux jugements par défaut

(1) Trib. corr., Lille, 20 février 1902, D., 1903, 2, 44.

en matière de divorce, les mêmes règles qu'aux jugements par défaut ordinaires (1).

La loi du 18 avril 1886 a édicté des délais spéciaux (art. 247). Si la signification a été faite à personne, l'opposition est recevable dans le mois de la signification du jugement. Dans le cas contraire, il est à craindre que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, ne connaisse pas la décision; il fallait lui donner un délai suffisant; la loi prescrit la publication d'un extrait du jugement dans les journaux désignés par le Président et le délai est de huit mois à partir du dernier acte de publicité.

En ce qui concerne les dispositions du jugement relatives à la garde des enfants, certains auteurs estiment qu'en raison de leur caractère essentiellement provisoire, l'opposition ne peut avoir pour effet de les faire tomber; elles subsisteront jusqu'à la nouvelle décision des magistrats, sauf toujours le droit de l'époux opposant de venir demander de nouvelles mesures en vertu de l'art. 240.

Nous croyons, au contraire, que l'opposition fait tomber le jugement tout entier, aussi bien la partie principale que les mesures accessoires prises au sujet des enfants. Tout est remis en question, on devra appliquer les mesures prescrites au début de l'instance par le Président du Tribunal ou par le Tribunal au cours de l'instance; sauf, bien entendu, le droit qu'auront toujours les parties intéressées d'intervenir pour solliciter leur modification.

B. *Appel.* — La rédaction nouvelle de l'art. 248 écarte la controverse qui s'était élevée au sujet des jugements

(1) Coulon, IV, p. 345 et suiv. Cependant tout le monde n'était pas d'accord et certains auteurs n'accordaient au défendeur le droit de former opposition que s'il s'agissait d'un arrêt, en raison des termes de l'ancien article 265.

susceptibles d'appel en matière de divorce. Sous l'empire du Code Civil, le délai était de trois mois (il avait été réduit à deux par la loi de 1884) pour interjeter appel du « jugement rendu contradictoirement ou par défaut » (art. 263 ancien). Mais on avait discuté la question de savoir si cet article 263 devait s'appliquer à tous les jugements rendus en matière de divorce, alors que l'art. 262 ne parlait que du jugement définitif.

Le nouvel art. 248 ne distingue pas entre les diverses espèces de jugements. « L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les art. 443 et suivants du Code de proc. civile. S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable » (1).

Donc l'appel est recevable pour les jugements contradictoires, dans le délai de deux mois à partir de la signification à personne ou à domicile, et pour les jugements par défaut, dans le même délai à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable.

L'appel est suspensif, mais cet effet suspensif est-il applicable aux mesures accessoires relatives à la garde des enfants ?

Nous avons reconnu, quand il s'est agi des mesures provisoires destinées à être appliquées au cours de l'instance, que l'effet suspensif de l'appel devait se produire à l'égard de ces mesures et qu'il ne pouvait être question de leur exécution provisoire. Il semble que, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit de la partie du jugement définitif réglant la garde, nous devons admettre la même solution (2). Le motif qui nous a fait combattre le

---

(1) Cependant il faut faire une distinction au sujet des jugements d'avant dire droit : les jugements provisoires et interlocutoires seront susceptibles d'appel, mais non les jugements préparatoires.

(2) Carpentier, I, n° 147. — *Contra*, Coulon, IV, p. 391.

système adverse, généralement soutenu, a ici encore plus de force : on s'appuie, pour ne pas appliquer dans ce cas la règle de l'effet suspensif, sur le caractère d'urgence que présentent toujours, dit-on, les mesures provisoires. Mais qui dit mesures provisoires ne veut pas dire mesures exécutoires par provision. De plus, il ne faut pas s'exagérer le caractère « *provisoire* » des mesures relatives aux enfants, contenues dans le jugement définitif ; l'erreur vient peut-être de l'expression employée et qui va au-delà de la réalité ; ce n'est pas mesures provisoires qu'il faudrait dire, mais plutôt mesures révocables. En tout cas, ici, l'urgence n'existe plus ; tant que le jugement de divorce n'est pas devenu irrévocable, les mesures prises pendant l'instance peuvent suffire et devront être appliquées ; d'autant plus qu'en cas d'extrême urgence, le juge des référés serait compétent pour ordonner de nouvelles mesures.

C. — *Pourvoi en cassation.* — L'article 248, § 5, qui a remplacé l'art. 263, § 2, du Code Civil est ainsi conçu :

« Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. »

Le délai pour se pourvoir est le délai de droit commun de deux mois (comme dans la législation de 1884). Sous l'empire du Code Civil, le pourvoi devait être formé dans le délai de trois mois.

L'alinéa final de l'art. 248 contient cette disposition expresse dérogatoire au droit commun : « Le pourvoi est suspensif. »

On s'est demandé si cette exception s'appliquait aux pourvois formés contre tous les jugements en matière de divorce, ou seulement contre le jugement définitif.

Une première opinion attribue l'effet suspensif à tous les jugements ou arrêts rendus au cours de la procédure

de divorce. On dit que la disposition de l'art. 248, § 6, est conçue en termes généraux; que, de plus, cet art. 248 emploie le pluriel; il parle des arrêts contradictoires et des arrêts par défaut, tandis que l'ancien art. 263 se servait du singulier, et que cette différence de rédaction est caractéristique. En outre, l'art. 262, relatif à l'appel, ne parlait que du jugement définitif et du jugement d'admission; les art. 264 et 265 étaient également relatifs au jugement définitif seulement. On a réuni dans le même art. 248 les règles de l'appel et du pourvoi en cassation relatives au délai : or, les prescriptions des deux premiers alinéas de cet article s'appliquent indistinctement à tous les jugements susceptibles d'appel, nous sommes donc forcés d'admettre que le § 6 vise également tous les arrêts susceptibles d'un pourvoi en cassation.

Enfin, un dernier argument paraît assez sérieux : si l'on n'admet pas l'effet suspensif du pourvoi pour tous les jugements qui en sont susceptibles, dans certains cas pourront se produire de graves inconvénients. C'est, par exemple, l'arrêt qui ordonne une enquête qui a été l'objet d'un pourvoi en cassation. Si le pourvoi n'est pas suspensif, la procédure suit son cours, et le divorce est prononcé. Si plus tard, l'arrêt interlocutoire vient à être cassé, celui qui avait prononcé le divorce sera également annulé, et l'on voit les conséquences désastreuses qui pourront en résulter pour l'époux qui, par exemple, se sera remarié dans l'intervalle (1). C'est à cette solution que se rattache l'arrêt de rejet de la Chambre civile du 23 novembre 1891 (2), et depuis la jurisprudence paraît fixée en ce sens (3).

---

(1) Poulle, p. 178. — Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Cheneaux : *des Personnes*, III, n° 162. — Besançon, 1er juin 1885, D., 86, 2, 64. — Dijon, 30 déc. 1886, D., 87, 2, 154.

(2) D., 92, 1, 291, et le rapport de M. le conseiller Ruben de Couder.

(3) Aix, 23 janvier 1895. S, 95, 2, 217.

Nous préférons cependant l'opinion contraire; à notre avis, l'effet suspensif du pourvoi en cassation ne s'applique qu'au jugement définitif.

Le motif même qui a fait admettre cette exception suffirait à le démontrer : si le pourvoi n'était pas suspensif, le demandeur aussitôt après le prononcé du jugement pourrait faire transcrire son divorce et contracter un second mariage. Nous voyons, d'après les observations présentées au Tribunat, que cette considération a été, peut-on dire, la seule cause de cette dérogation : « On a cru, a-t-on dit, que le pourvoi devait être suspensif parce qu'il s'agit d'une chose irréparable par sa nature. » Il faut remarquer, de plus, que l'art. 248 n'est général qu'en apparence et qu'il doit s'interpréter d'après l'art. 247 qui ne s'occupe que de l'arrêt qui prononce le divorce; et que cet effet suspensif du pourvoi étant une dérogation au droit commun doit être interprété de la manière la plus étroite (1).

Mais contrairement à ce qui aurait lieu pour un jugement relatif aux mesures provisoires rendu pendant l'instance, nous admettons que l'effet suspensif du pourvoi s'étend sans aucun doute aux dispositions contenues dans l'arrêt définitif qui concernent les enfants, car il est impossible de ne pas reconnaître un caractère indivisible au pourvoi (2). La Cour de Besançon en donne une autre bonne raison : « en confiant la garde de la fille à la mère, la Cour n'a pas entendu prendre une mesure provisoire pour la durée du procès mais bien régler définitivement la situation de l'enfant durant la séparation; elle participe donc du caractère définitif de l'arrêt et ne peut en être distraite pour être exécutée isolément alors

---

(1) Carpentier, II, n° 142. — Coulon, IV, p. 396. — Huc, II, n° 384. — Rennes, 30 juillet 1895, D., 97, 2, 164. — Req., 13 déc. 1899, D., 1900, 1, 134.

(2) Coulon, IV, p. 399. — Besançon, 1er juin 1885, S., 86, 2, 131. — Dijon, 30 déc. 1886, S., 87, 2, 154.

que l'exécution de l'arrêt lui-même est suspendue par le pourvoi. »

D. — *Requête civile.* — On avait proposé, lors de la discussion de la loi du 18 avril 1886, de ne pas admettre cette voie de recours en matière de divorce, en raison des délais fort longs pendant lesquels elle peut être intentée et des malheurs qu'elle peut occasionner si elle vient à se révéler à une époque où une nouvelle union aura été conclue par l'un des époux divorcés; et l'art. 17 du projet le disait d'une manière formelle, dans le but de mettre fin à l'incertitude qui régnait dans la doctrine (1).

Mais on fit remarquer que dans certains cas elle serait d'un précieux secours, et que les situations regrettables qui pourraient en résulter parfois n'étaient pas spéciales au divorce et se rencontraient également au cas d'annulation de mariage.

Après cette discussion la disposition finale de l'art. 17 disparut, et il est bien certain que la voie de la requête civile est aujourd'hui admise conformément au droit commun.

Au point de vue qui nous occupe, l'introduction de la requête civile ne peut être d'aucune conséquence; n'ayant pas d'effet suspensif, elle ne peut porter atteinte aux dispositions relatives à la garde des enfants. Si elle est admise, le jugement tombe complètement et les parties sont remises en l'état où elles étaient avant le jugement (2).

---

(1) On reconnaissait pourtant, en général, que cette voie de recours ne devait pas être admise.— Laurent, III, p. 249; Carpentier, I, n° 108.

(2) Nous n'étudierons pas à cette place, comme il paraîtrait logique de le faire, la question relative aux pouvoirs du gardien et au droit de surveillance du conjoint non gardien; en la réservant après l'étude dans laquelle nous entrons maintenant, des autres attributs de la puissance paternelle, nous croyons qu'il nous sera plus facile d'en préciser le caractère véritable.

CHAPITRE V

Étendue du droit de garde. Ses conséquences.

Nous avons vu que, dès le début de l'instance, le juge chargé du soin de régler les questions nombreuses et délicates qui dès cet instant sollicitent son attention, avait dû statuer sur la garde de l'enfant. Mais il lui était difficile de préciser les droits du gardien et de déterminer ses pouvoirs, ceux-ci pouvant être restreints à une faible période ; et, en somme, la tâche du gardien devait, à ce moment, se borner aux soins que nécessite la personne physique et morale de l'enfant.

Nous avons maintenant une solution définitive ; les dispositions relatives à la garde des enfants font corps avec le jugement et sont destinées en principe à durer autant que lui : nous l'avons déjà dit, les mesures relatives à la garde, contenues dans le jugement de divorce, peuvent être appelées « provisoires » seulement en ce sens que, venant à ne plus être conformes à l'intérêt des enfants, elles seront susceptibles d'être réformées. Le gardien donc, s'il peut perdre ses pouvoirs, peut aussi légitimement s'attendre à les voir se prolonger jusqu'à la majorité de l'enfant. C'est une considération qu'il ne faut pas perdre de vue, et il est indispensable, pour que ce droit de garde ne soit pas entre ses mains un attribut illusoire, de lui assurer le plus large champ d'action possible.

Aussi ne peut-on se contenter maintenant des prescriptions forcément un peu vagues que l'on a données

au gardien au cours de l'instance: nous nous trouvons en présence d'une situation nouvelle, bien tranchée, destinée à se prolonger plusieurs années souvent; il nous faut songer que l'enfant mineur peut avoir une fortune personnelle, que différents actes de sa vie civile exigeront la nécessité d'une autorisation... Le gardien ne nous apparaît plus comme un simple éducateur et nous devons nous demander si les attributs de la puissance paternelle ne lui sont pas nécessaires.

C'était déjà la conclusion à laquelle nous étions arrivés après avoir cherché à déterminer quels étaient, dans notre droit moderne, le fondement et les caractères de la puissance paternelle; à la lumière des principes que nous avons pu dégager, nous nous sommes demandé, en effet, si, après le divorce, la puissance paternelle devait rester ce qu'elle est durant le mariage, et nous avons conclu qu'elle devait être attribuée avec toutes ses prérogatives à l'époux gardien.

Il nous reste à montrer, en passant en revue les différents attributs de la puissance paternelle, que, puisque nous avons à déplorer l'imprévoyance du législateur qui ne nous donne pas un seul texte sur ces délicates questions, rien ne nous empêche néanmoins de leur appliquer la doctrine que nous avons entrevue comme devant, en principe, être la meilleure.

La puissance paternelle, dans un sens très large, est l'ensemble des droits que la loi confère aux ascendants dans leurs rapports avec leurs descendants; les attributs de la puissance paternelle, envisagés *lato sensu*, sont fort nombreux. Dans un sens plus restreint et spécial, c'est le droit qu'ont les père et mère de faire ou diriger l'éducation de leurs enfants. Ce droit d'éducation a comme corollaire:

Le droit de garde;

Le droit de correction;

Le droit d'administration des biens;

Le droit de jouissance sur ces mêmes biens ;

Le droit d'émancipation ;

Le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à l'engagement dans l'armée et à l'entrée dans les ordres religieux.

Nous venons d'étudier le droit de garde ; nous allons examiner maintenant les atteintes portées aux autres droits de puissance paternelle par la prononciation du divorce.

SECTION I

Le droit de correction.

C'est le corollaire obligé de la garde ; il est une conséquence de l'autorité accordée aux parents par l'art. 372 C. Civ., qui soumet l'enfant à l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité. Il leur permet d'exercer avec efficacité le droit d'éducation. Il appartient également au père et à la mère, mais comme pour les autres attributs de la puissance paternelle, la loi n'en accorde l'exercice, pendant le mariage, qu'au père seul, à l'exclusion de la mère (art. 373 C. Civ.).

Il nous faut dire rapidement en quoi consiste ce droit de correction. Nous verrons ensuite ce qu'il devient après le divorce.

La loi accorde au père, qui a des sujets de mécontentement graves sur la conduite de son enfant, la faculté de le faire incarcérer. Pour obtenir l'ordre d'arrestation nécessaire, il doit s'adresser au président du tribunal de première instance de son domicile ; il le fera soit par voie d'autorité, soit par voie de réquisition. Dans le premier cas il n'a aucune justification à fournir, mais il

faut que certaines conditions se trouvent réalisées : que l'enfant ait moins de seize ans commencés (art. 376 C. Civ.), qu'il n'ait pas de biens personnels et qu'il n'exerce aucun état (art. 382, al. 1); que le père ne soit pas remarié (art. 380). Si ces conditions ne sont pas remplies, le père ne pourra agir que par voie de réquisition; il devra indiquer ses motifs au président qui appréciera et pourra accorder ou non l'ordre d'arrestation, après en avoir conféré avec le procureur de la République.

Ce droit passe à la mère survivante, mais il est moins absolu qu'entre les mains du père; elle ne peut l'exercer que lorsqu'elle n'est pas remariée, et seulement par voie de réquisition et, de plus, avec le concours des deux plus proches parents paternels (art. 381 C. Civ.).

Bien que la loi ne le dise pas, l'art. 381, qui ne parle que de la mère survivante, doit être étendu aux différents cas où, au cours du mariage, elle est appelée à remplacer le père et à exercer la puissance paternelle en son lieu et place (1).

Que faut-il décider si la dissolution du mariage se produit par le divorce?

Nous ne pouvons plus appliquer l'art. 373; le privilège qu'il accorde au mari n'existe plus; les termes mêmes de l'article, spécifiant que « le père seul exerce cette autorité durant le mariage », indiquent bien que le mari n'est plus seul à exercer cette autorité après la dissolution du mariage.

Il est certainement impossible d'admettre la théorie qui partage la puissance paternelle entre les deux époux divorcés. Le but du législateur, en accordant au mari seul l'exercice de ce droit pendant le mariage, a été d'éviter les inconvénients pouvant résulter d'un conflit de droits égaux.

---

(1) Demolombe, VI, n° 348. — Aubry et Rau, VI, § 550.

Sa pensée, à cet égard, est bien certaine : « Ce pouvoir, disait Vésin, dans son rapport au Tribunat, s'il était en même temps partagé entre plusieurs, s'affaiblirait par cela même et tournerait en sens contraire de l'objet de son institution » (1); aussi, croyons-nous conforme à la pensée du législateur de décider que, dans le cas de dissolution du mariage par le divorce, ce droit de puissance et, par conséquent, celui de correction, appartient à l'époux qui a obtenu le divorce. Ce n'est qu'en qualité de chef de famille que le père l'exerce pendant le mariage; comme après sa dissolution, il n'est plus le chef de la société conjugale, il est raisonnable d'attribuer l'exercice de ce droit d'autorité au seul époux qui, à l'égard des enfants, devient le véritable chef de la famille : celui qui a obtenu le divorce et auquel la loi, sauf décision contraire du Tribunal, attribue la garde des enfants.

Nous objectera-t-on que lorsque le Code Civil parle du droit de correction exercé par la mère, il emploie l'expression de mère « survivante » (art. 381)? On doit admettre, — et la majorité des auteurs donnent la même explication — que la loi prévoyait le cas le plus général, le mode le plus usuel de dissolution, mais que cette expression doit comprendre « la femme mariée qui a recouvré la liberté de contracter une nouvelle union » (2).

En outre, et ceci vient encore à l'appui de notre opinion, lorsque le législateur entend ne prévoir comme mode de dissolution du mariage que le cas de dissolution par la mort naturelle ou civile, il prend soin de le dire, comme dans l'art. 390 C. Civ. « Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile

---

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, t. X, p. 527.

(2) Coulon, V, p. 145.

de l'un des époux, la tutelle... » Si le législateur n'avait voulu accorder à la mère le droit d'autorité qu'après la mort du père, il se serait servi d'une expression analogue, au lieu de dire, comme il l'a fait, que le père exerce seul cette autorité « durant le mariage » (1).

Les partisans de la théorie du maintien intégral de l'autorité entre les mains du père, ne sont d'accord avec nous que pour reconnaître le droit de correction au père gardien; mais il n'y a pas de difficulté dans ce cas; la question ne se pose et ne présente d'intérêt que lorsque la mère a triomphé dans l'instance de divorce et que les enfants lui ont été confiés.

Dans ce cas, ils sont naturellement d'un avis contraire au nôtre. D'après ces auteurs, le droit de correction est inhérent à la qualité du père; les art. 375 et suivants du C. Civ., qui s'occupent du droit de correction, ne parlent que du père et, lorsque après la mort de celui-ci, ce droit passe à la mère, il ne lui est maintenu que fort diminué, puisqu'elle ne peut jamais agir que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels. Il serait étrange que le législateur, qui n'a pas voulu donner complètement ce droit à la mère, après la mort de son mari, le lui accorde sans restriction au cas de divorce. Le seul droit de la mère, en ce cas, est celui qu'elle puise dans l'art. 303 : le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants; il servira de correctif au droit du mari que celui-ci conserve dans son intégralité. Ce serait aller trop loin que d'accorder à la mère le droit de correction, qui est exclusivement attaché à la qualité de père (2).

Sans doute, l'art. 381 restreint les droits de la mère en

---

(1) Laurent, III, n° 294. — Poulle, p. 242. — Coulon, V, p. 145.

(2) Demolombe, IV, n° 511. — Demante et Colmet de Santerre, I, n° 287. — Carpentier, I, n° 215. — Massol, n° 333.

matière de correction, mais nous n'y voyons rien qui vienne faire échec à notre doctrine et prouver que le droit de correction ne puisse jamais appartenir à la mère divorcée. Il nous indiquera seulement les conditions d'exercice du droit que nous lui accordons. Nous ne croyons pas, en effet, qu'il faille lui donner, même à l'égard des enfants mineurs de seize ans, le droit d'agir par voie d'autorité; le législateur a pris, en édictant l'article 381, une précaution que nous estimons fort sage. Il est bon que la femme ne puisse prendre d'autorité une mesure aussi grave.

Mais nous arrivons alors, nous dit-on, au résultat que précisément nous voulions éviter : à conserver, en définitive, le droit de correction entre les mains du père seul. En effet, parmi les conditions exigées par l'art. 381 pour que la mère puisse faire détenir son enfant, il faut le concours des deux plus proches parents paternels; or, le père existe encore, il devra donc concourir à la réquisition de détention faite par la mère et, de la sorte, sa volonté restera toujours prépondérante. Ainsi notre système ne différerait de celui de nos adversaires qu'en ce que, lorsque la mère a la garde des enfants, le père ne peut user de son droit sans le concours de la mère; tandis que, pour eux, dans la même hypothèse, le père peut l'exercer seul.

Il nous semble facile de répondre : nous respecterons, évidemment, l'art. 381 C. Civ., et nous reconnaissons la nécessité de l'intervention du père, comme étant l'un des plus proches parents; il est bon, du reste, qu'une mesure aussi grave soit soumise à l'agrément de l'un et l'autre des parents. Toutefois, comme la femme est la principale intéressée, le président ne devrait pas, si sa demande lui paraît fondée, s'arrêter devant une opposition systématique du père; ce serait, en effet, le laisser maître du droit de correction. Le père, en définitive, sera seulement appelé à donner son avis, mais on pourra

passer outre sur son refus, et le dernier mot devra rester à la mère.

Si la garde a été confiée à un tiers, faut-il lui reconnaître le droit de correction?

Évidemment non, dans le cas où l'enfant aura été confié à une tierce personne parce que celui des époux en faveur de qui le divorce a été prononcé, ne peut s'en occuper. Le père, par exemple, a obtenu le divorce, mais ne peut, en raison de sa profession, donner à son enfant les soins nécessaires; la mère en a été jugée indigne et le tribunal a remis l'enfant à l'un des parents des époux divorcés. Dans ce cas, sans aucun doute, le droit de correction appartiendra au père, en règle générale à l'époux qui aura obtenu le divorce, attributaire dans notre opinion de la puissance paternelle (1). Bien que ce droit d'autorité soit une conséquence du droit de garde (que l'art. 302 consacre d'une manière formelle à celui des deux époux qui a fait prononcer le divorce), il ne doit pas passer à la personne chargée de la garde et de l'éducation, si cette personne n'est ni l'un ni l'autre des père et mère. Il s'agit ici d'un attribut de la puissance paternelle; on ne peut l'accorder à un tiers (2).

Nous ne l'admettrons donc pas plus dans le cas où le divorce aura été prononcé aux torts réciproques des

---

(1) Lorsque la garde est confiée à l'époux coupable (nous savons que le plus souvent cette décision est commandée par les soins à donner à l'enfant, et que le cas ne s'est présenté en pratique que lorsqu'il s'agit d'attribuer la garde à la mère coupable), nous réservons encore l'exercice du droit de correction à l'époux qui a obtenu le divorce.

(2) Quant au droit de correction au sens vulgaire, c'est-à-dire le droit que les parents tiennent à la fois de la nature et de la loi d'infliger à leurs enfants certaines peines domestiques, certains châtiments corporels légers, il est bien évident que c'est au gardien, quel qu'il soit, qu'il doit être réservé après le divorce. Le Code Civil n'a rien à faire ici, il s'agit uniquement de questions de discipline familiale.

époux. Nous reconnaissons, avec M. Coulon (1), au tribunal seul le pouvoir d'exercer le droit de correction, sur la demande du gardien, ou de l'un des père et mère. Mais l'intervention des époux nous paraît absolument nécessaire, au moins pour qu'ils donnent un avis.

Les partisans du partage de la puissance paternelle après le divorce décident, dans le même cas, conformément à leur principe, que le droit de correction appartient exclusivement et également au père et à la mère (2). Mais certains se voient forcés de reconnaître que, dans ces conditions, la garde sera, le plus souvent, rendue impossible au tiers qui en a été investi.

SECTION II

Le droit de jouissance légale.

La puissance paternelle ne s'exerce pas seulement sur la personne des enfants; elle s'étend aussi au patrimoine qu'ils peuvent posséder en propre. « Le père, nous dit l'art. 384 C. Civ., durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

Ce droit de jouissance légale est le droit de percevoir les fruits des biens appartenant aux enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés, sans être tenu d'en

---

(1) Coulon, V, p. 47. — Trib. Bruxelles, 6 février 1879, *Pas. belg.*, 79, 3, 358.

(2) Laurent, III, n° 294. — Poulle, p. 242.

rendre compte ; il est établi au profit du père ou du survivant des père et mère, en compensation des charges que leur imposent l'éducation et l'entretien de leurs enfants.

La jouissance légale appartient donc au père seul durant le mariage, et après la dissolution du mariage arrivée par la mort, elle continue à profiter au père s'il survit, ou elle passe à la mère dans le cas contraire.

Que deviendra cette jouissance au cas de dissolution du mariage par le divorce ? Ici nous avons un texte, l'article 386 du Code Civil ; mais le législateur a cru avoir assez fait en nous disant que « cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé ; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage, » et il a omis de tirer les conséquences du principe qu'il venait de poser. Aussi de graves questions se posent-elles au commentateur.

Tout d'abord deux hypothèses ne présentent aucune difficulté.

Au cas de divorce prononcé en faveur du mari, celui-ci conserve la jouissance légale qu'il avait auparavant ; et s'il vient à mourir avant que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans ou qu'ils aient été émancipés, la mère ne saurait y prétendre. Cette solution ne fait pas de doute, malgré les termes de l'art. 384 ; si le jugement de divorce n'était pas intervenu, la jouissance légale aurait certainement passé aux mains de la mère survivante ; mais l'art. 386 décidant qu'elle ne peut avoir lieu au profit de celui des époux contre lequel le divorce a été prononcé, il est de toute impossibilité de l'attribuer à la mère survivante, qui avait succombé dans l'instance de divorce. Dans ce cas, l'usufruit s'éteint au profit des enfants.

Si le divorce avait été prononcé aux torts des deux

époux, ni l'un ni l'autre n'aura jamais la jouissance légale.

La difficulté se présente dans le cas où le divorce a été prononcé au profit de la femme. Le mari, cela est certain, perd la jouissance légale qu'il avait sur les biens de ses enfants. Mais cet usufruit est-il éteint en la personne dù père pour profiter aux enfants, ou va-t-il être attribué à la mère? C'est là une question délicate sur laquelle les auteurs sont en désaccord.

Des raisons, très fortes à première vue, tendent à faire refuser ce droit à la femme. L'art. 384, seul, règle l'attribution de la jouissance légale, et il l'accorde au père, tant qu'il vit, et après son décès à la mère ; l'art. 386 n'est relatif qu'à la déchéance du droit ; il l'enlève au père lorsqu'il succombe dans l'instance en divorce, mais mais il ne l'attribue à personne autre. C'est une peine que la loi prononce contre le père coupable, qui ne pourrait profiter à la mère que si un texte formel en décidait ainsi. Or l'art. 384 n'a évidemment prévu que le cas de prédécès du mari ; l'interpréter en l'étendant au cas de dissolution du mariage par le divorce, c'est méconnaître la volonté du législateur. On ne peut donc, par suite des termes précis de la loi, accorder à la mère qui a triomphé dans l'instance de divorce, l'usufruit légal sur les biens de ses enfants.

D'ailleurs celle-ci serait mal venue à se plaindre et à dire que l'on attente à ses droits. L'usufruit légal est une création de la loi, et on peut soutenir qu'il n'est pas de droit naturel ; la loi l'accorde au père, et le refuse à la mère du vivant de celui-ci ; cette disposition a été prise à tort ou à raison, mais la mère ne peut pas dire qu'elle est frappée injustement. Est-il même bien certain que cette jouissance légale soit la compensation des charges qu'impose aux parents l'entretien de leurs enfants? Les frais d'entretien et d'éducation pèsent en général sur la fortune des parents ; la propriété de biens

personnels n'est pas la règle pour les enfants, c'est un fait exceptionnel et qui par conséquent n'est pas le gage nécessaire des soins à leur donner (1).

Il nous semble qu'il existe des raisons plus sérieuses encore de décider que, lorsque le divorce est prononcé contre le mari, la jouissance légale des biens des enfants doit être attribuée à la mère qui a obtenu la garde.

Sans doute l'art. 384 C. Civ. ne parle que du survivant des père et mère, pour faire attribution de l'usufruit légal à défaut du père, mais, ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire maintes fois, la loi en employant cette expression n'a eu en vue que « *id quod plerumque fit.* » Nous ne reproduirons pas les arguments que nous avons déjà donnés pour prouver que par « époux survivant » le législateur a entendu l'époux en faveur duquel a été prononcé le divorce. Une fois de plus il n'a parlé, ici, que du cas le plus général, et non de l'hypothèse exceptionnelle du divorce. L'art. 386 s'occupe de ce que va devenir la jouissance légale après le divorce: c'est un attribut de la puissance paternelle, et après la dissolution du mariage la prééminence du père cesse. L'accordera-t-on aux deux époux? Non, la loi prive formellement de cette jouissance l'époux coupable: c'est assez dire qu'elle doit appartenir à l'époux innocent. Si l'on appliquait ces articles littéralement, il faudrait alors aller jusqu'à dire, à propos de l'art. 384, que le père innocent doit être privé de la jouissance, puisque la loi ne la lui accorde que « durant le mariage » et que le divorce en entraîne la dissolution.

S'il en était besoin, la rédaction même de l'art. 386 C. Civ. nous fournirait encore un argument. Après nous avoir dit que cette jouissance n'aura pas lieu au profit

---

(1) Proudhon, *Usufruit,* n° 141. — Demolombe, IV, n° 510. — Duranton, III, n° 380. — Carpentier, I, n° 393. — Huc, II, n° 432.

de l'époux coupable, cet article ajoute : « et elle cessera également à l'égard de la mère au cas de second mariage. » Cet évènement pourra survenir au cas de divorce comme au cas de prédécès du mari et le texte doit viser également les deux situations, « je ne vois aucune bonne raison, dit M. Demante, pour qu'on eût voulu retarder jusqu'à la mort de l'un d'eux l'ouverture du droit de l'autre »...; il est vrai que les termes de l'art. 384 manquent pour la constitution immédiate de l'usufruit, mais cette constitution au profit de l'époux qui a obtenu le divorce, ne pouvait-elle pas se conclure *a contrario* des termes de l'art. 386 (1)?

Les mêmes raisons qui justifient l'attribution de l'usufruit à la femme après la mort de son mari, militent pour le lui faire accorder lorsqu'elle a obtenu le divorce : elle aura, en règle générale, la garde de ses enfants et il est juste que les revenus et les bénéfices lui soient attribués, à elle qui aura la charge de leur éducation. L'argument est de peu de valeur qui prétend que normalement la femme ne doit pas compter sur ces revenus, et que le plus souvent, les enfants n'ayant pas de biens personnels, les frais nécessités par les soins à leur donner devront être supportés en totalité par leurs parents. Là n'est pas la question; nous avons à nous demander, en présence de l'ambiguïté des textes, quelle a été l'intention du législateur, et il nous semble que notre opinion, conforme à l'esprit de la loi, est aussi la plus pratique puisqu'elle attribue l'émolument, éventuel si l'on veut, à celui qui supporte les charges.

Cette observation nous permet, en même temps, de dégager la restriction qu'il convient d'apporter à ce

---

(1) Demante et Colmet de Santerre, II, n° 131 bis, I. — Laurent, III, n° 296.— Coulon, V, p. 275. — Poulle, p. 241. — Masselin, *Dict. jurid., Mariage-Divorce,* v° *Jouissance légale*, p. 479. — Trib. de Courtrai, 3 juillet 1896, S., 98, 4, 16. — Trib. Seine, 25 nov. 1896, D., 97, 2, 297.

principe : la mère innocente devra être bénéficiaire de l'usufruit légal non seulement parce que rien dans la loi ne s'y oppose, mais aussi, avons-nous ajouté, parce qu'elle aura en général la garde de ses enfants et qu'il est juste que les bénéfices soient attribués à la personne qui supporte les charges. Mais si le divorce est prononcé contre le mari, et qu'on lui laisse la garde (nous avons déjà dit que le cas était exceptionnel, mais enfin il peut se présenter) nous verrons que, dans cette hypothèse, il conserve l'administration légale des biens des enfants, bien qu'il soit privé de la jouissance. Il n'y a pas de raison d'attribuer cette jouissance à la mère qui n'aura aucune charge à supporter. Nous lui refuserons donc, en ce cas, le droit d'usufruit qui s'éteindra au profit des enfants ; et cette solution présentera encore cet avantage que les soins qu'ils exigeront pourront être rétribués, partiellement au moins, à l'aide de leurs revenus propres.

Nous admettons donc que la femme au profit de laquelle est intervenu le jugement de divorce obtient en même temps le droit de jouissance légale dont le père coupable est privé en vertu de l'art. 386, mais avec cette restriction: dans le cas seulement où la femme se sera vu attribuer la garde de ses enfants.

SECTION III

Le droit d'administration légale.

L'art. 389 du C. Civ. énonce les règles essentielles qui gouvernent l'administration des biens des enfants durant le mariage : le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens

dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. »

Ici encore le laconisme de la loi a fait naître bien des difficultés : quelle est l'étendue des pouvoirs du père? Doit-il être assimilé au tuteur? ou bien a-t-il les pouvoirs de disposition refusés à ce dernier? Le concours du conseil de famille lui est-il nécessaire dans certains cas? Autant de questions sans réponse légale et sur lesquelles la jurisprudence a été obligée de construire tout un système, que nous n'avons pas à examiner ici.

Le législateur a également omis de se prononcer au cas de divorce. L'art. 390 décide en termes formels que la tutelle ne s'ouvre qu'« après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux. » De là la question délicate de savoir par qui sont administrés les biens des enfants après la dissolution du mariage par le divorce. Pour la résoudre, il nous faudra, comme nous avons dû le faire déjà lorsqu'il s'est agi du droit d'autorité, faire intervenir les principes généraux que nous avons dégagés en matière de puissance paternelle.

C'est surtout à propos de cet attribut, dont la pratique a eu à s'occuper fréquemment, que les auteurs reproduisent les arguments que nous avons examinés dans notre théorie générale de la puissance paternelle. Autant d'opinions sur le principe de l'attribution de la puissance paternelle après le divorce, autant de solutions différentes au sujet de l'administration légale dans le cas qui nous intéresse. Nous ne les rappellerons pas toutes ici ; nos explications antérieures les ont fait suffisamment connaître, et ce serait nous exposer à des redites.

D'ailleurs deux systèmes seulement, en lesquels se résument tous les autres, nous paraissent pouvoir être sérieusement soutenus.

Une première opinion se rattache à celle que nous

avons combattue et qui voudrait que le père restât dans tous les cas investi de la puissance paternelle après le divorce. L'administration légale lui serait toujours attribuée.

L'art. 389 dit que le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens de ses enfants; et l'article suivant, qui ne prévoit le cas de dissolution du mariage que par la mort, semble venir expliquer que les termes : *durant le mariage* sont synonymes de : *pendant la vie du père*. Ces deux articles sont les seuls où il soit question de l'administration des biens des enfants et le système de la loi paraît bien être le suivant : jusqu'à la mort des père et mère, il y a lieu à administration légale; après la mort de l'un d'eux, la tutelle s'ouvre; mais tant que les deux époux seront vivants, la loi n'a pas voulu admettre un autre principe, alors même qu'ils seraient divorcés.

En enlevant au père contre qui le divorce a été prononcé l'administration légale des biens de ses enfants, on le frapperait d'une déchéance réelle et cela sans raison suffisante; un époux coupable, selon le jugement de divorce, n'est pas forcément un mauvais père et un mauvais administrateur... Ce sont les raisons générales que l'on a déjà produites lorsqu'il s'agissait d'accorder au père toutes les prérogatives de la puissance paternelle.

Cette doctrine, ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le constater, n'a pas été consacrée par la jurisprudence. Elle peut actuellement se recommander de l'autorité du Conseil d'État, qui vient de l'admettre dans un récent avis, du 18 novembre 1899 (1). Consulté par le Ministre des finances sur le point de savoir quel était celui des époux qui, après le divorce, avait qualité pour repré-

(1) Avis du Conseil d'État du 18 nov. 1899, S., 1902, 5, 449, D., 1902, 3, 18.

senter son enfant mineur à l'occasion d'opérations relatives aux rentes sur l'État, le Conseil d'État a répondu « qu'il n'existe dans le Code Civil aucune disposition qui mette fin à l'administration légale du père dans le cas où le mariage est dissous par le divorce; que le divorce n'a pas pour conséquence de faire perdre de plein droit au père l'administration des biens de ses enfants; que le père la conserve, en principe, alors même que le divorce aurait été prononcé contre lui et que la garde de ses enfants lui aurait été enlevée, sauf aux juges à lui retirer cette administration si l'intérêt des enfants l'exige; qu'ainsi, à moins d'une décision contraire de la justice, le père, malgré le divorce, a toujours qualité pour représenter ses enfants mineurs dans les opérations afférentes aux rentes sur l'État. »

Malgré la haute autorité du Conseil d'État, nous estimons, fidèle à notre principe, qu'il convient de décider, comme pour le droit d'autorité, que l'administration des biens passe à l'époux investi du droit de garde, étant entendu, ainsi que nous en avons déjà fait la remarque à propos du droit de correction, qu'en règle générale l'époux gardien sera celui au profit duquel le divorce aura été prononcé. Nous retrouverons tout à l'heure le bénéfice de cette observation.

Si la garde est confiée au père, il conserve les fonctions d'administrateur qu'il avait pendant le mariage; dans le cas où la garde des enfants est attribuée à la mère, c'est à elle que reviendra l'administration des biens des enfants mineurs (1).

Les raisons de décider ainsi sont les mêmes que pour le droit de correction, celles que nous avons déjà formulées lorsque nous nous sommes attaché à dégager un

---

(1) Laurent, III, n° 352.— Poulle, p. 341.— Coulon, V, p. 151.— Article de M. Tissier, dans *Revue critique*, 1898, p. 603. — Contra : Carpentier, n° 391.

principe général. Il est naturel, avons-nous dit, de penser que le législateur, en statuant sur la garde de la personne, a voulu protéger de la même façon tous les intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant. Cette remarque est confirmée par un nouvel argument, spécial à notre matière : L'ancien art. 267 C. Civ. débutait ainsi : « *l'administration* provisoire des enfants », etc. Il faut entendre par ce terme, non seulement la garde des enfants, mais aussi l'administration de leurs biens; la généralité des termes employés : *l'administration des enfants*, indique bien qu'il s'agit de tous les droits conférés au père comme chef de la famille sur la personne et les biens de ses enfants. Les travaux préparatoires viennent à l'appui de cette interprétation : Treilhard, dans son exposé des motifs du titre du divorce, emploie les mêmes termes : « l'administration des enfants, dit-il, nous a paru devoir être confiée au mari. » Or, cette administration n'est *conservée* au mari que « *provisoirement* », c'est-à-dire pendant l'instance; il faut en conclure qu'une fois le jugement de divorce intervenu, cette administration ne revient pas de droit au mari, mais passe à l'époux qui a obtenu la garde des enfants.

Ce principe, que l'administration légale doit suivre la garde, a été dégagé en termes précis par l'arrêt célèbre de la Cour de Paris du 15 décembre 1886 (1) : « Considérant, dit la Cour, que la garde de son enfant mineur, confiée par autorité de justice à la mère divorcée, implique non seulement pour celle-ci le devoir de veiller à la protection de cet enfant, mais encore de poursuivre, s'il y échet, la réparation du préjudice qu'il aurait éprouvé par suite d'un délit ou d'un quasi-délit; que l'art. 389 C. Civ. n'attribue exclusivement au père l'administration des biens personnels de l'enfant que durant le mariage;

---

(1) Paris, 15 déc. 1886, S., 88, 2, 217.

que, par le divorce, l'administration des biens passe à celui des anciens époux à qui l'enfant lui-même est confié, à moins que des dispositions particulières n'aient été arrêtées par la justice quant à cette administration; que l'art. 302 du C. Civ. ne fait aucune distinction entre la garde de la personne physique et celle des droits qui peuvent lui appartenir; qu'à la vérité et conformément à l'art. 390 C. Civ., il n'y a pas lieu à ouverture d'une tutelle aussi longtemps que le père et la mère divorcés sont tous deux vivants, mais que la mère à qui l'enfant est confié, si elle n'a pas le titre de tutrice légale, n'en puise pas moins dans le mandat général dont elle est investie un titre suffisant pour agir en justice au nom et dans l'intérêt de son enfant mineur. »

Un jugement du Tribunal de la Seine du 25 novembre 1896 (1) se prononce dans le même sens, et il le fait en termes excellents qui méritent également d'être rapportés : « Attendu que dans le silence de la loi et du jugement sur la dévolution de l'administration légale des biens de la mineure, celle-ci doit suivre la garde de l'enfant, au moins en tant que cette garde a été, comme dans l'espèce, confiée à la mère; qu'il est naturel de penser que le législateur a voulu protéger, dans ce cas, de la même manière, tous les intérêts moraux et pécuniaires de l'enfant; qu'aux termes de l'art. 141 C. Civ., lorsque le père disparaît pendant le mariage, laissant des enfants mineurs, la mère en a la surveillance et exerce tous les droits du mari, relativement à leur éducation et à l'administration de leurs biens, la loi réunissant alors dans les mêmes mains la direction de l'éducation et celle de la fortune.

« Qu'il n'est aucune raison sérieuse de ne pas admettre la même solution en cas de divorce; qu'elle n'a rien de contraire aux principes de la loi en matière de puissance

(1) D., 97, 2, 297, et la note de M. Hitier.

paternelle ; que celle-ci, instituée tout autant dans l'intérêt des enfants que dans celui du père et de la mère, et pour permettre aux parents de s'acquitter convenablement de leur devoir d'entretien et d'éducation, appartient, en principe, tout à la fois, au père et à la mère. Que si pendant le mariage, le père l'exerce seul (art. 373 C. Civ.), cela tient uniquement à ce que la famille doit être alors soumise à l'autorité du mari à qui la femme elle-même doit obéissance (art. 213), mais que lorsque le lien conjugal est dissous par le divorce, chacun des époux reprend l'exercice de son droit sans autre limite que le droit concurrent de son ancien conjoint. Qu'en cas de conflit entre ces deux droits, il appartient aux tribunaux de trancher le différend en s'inspirant avant tout de l'intérêt des enfants.

« Que l'époux qui a été déclaré le plus digne de garder l'enfant dans sa demeure et de diriger son éducation, doit être réputé le plus apte à défendre tous ses intérêts. Qu'il semble naturel, d'autre part, de grouper autant que possible dans les mêmes mains tout ce qui touche aux intérêts matériels et moraux de l'enfant. Que les nécessités de la pratique imposent cette solution dont on ne saurait s'écarter sans provoquer les plus graves inconvénients toutes les fois qu'il s'agira, au nom de l'enfant, de suivre une action judiciaire ou de passer un contrat.

« Qu'il convient de remarquer qu'aux termes de l'art. 386 C. Civ., la jouissance légale des biens des enfants n'a plus lieu au profit du père contre lequel le divorce a été prononcé ; qu'il serait évidemment illogique de lui conserver l'administration des biens dont l'usufruit légal lui est ainsi enlevé pour être donné à la mère, au risque de tous les conflits qu'une telle situation ne manquerait pas de soulever » (1).

---

(1) *Sic* : Trib. Seine, 4 août 1888. — *Gaz. trib.*, 18 août 1888. — Seine, 28 octobre 1892. — *Gaz. trib.*, 21 novembre 1892 ; 4 mai 1896, D., 97,

C'est encore l'application du principe : l'administration doit suivre la garde ; mais nous voyons apparaître, dans les considérants de ce jugement, un nouvel argument en faveur du système que nous avons admis. Il va nous permettre, en même temps, de dégager les restrictions qu'il nous paraît nécessaire d'apporter à notre règle, dans le cas où la garde ne serait pas confiée à l'époux qui a obtenu le divorce, et de poser le principe qui devrait alors être suivi.

Cet argument peut être ainsi présenté. Le droit d'administration légale des biens des enfants mineurs a pour corollaire le droit d'usufruit accordé, par l'art. 384 C. Civ., au père « durant le mariage; ce dernier n'étant qu'une sorte d'indemnité accordée à raison des charges qui résultent de l'exercice de la puissance paternelle. Ce caractère, attaché au droit de jouissance, avait été mis en évidence lors de la discussion du Code Civil, par le Conseiller d'État Réal, dans l'exposé des motifs du titre de la puissance paternelle (1). « Après avoir établi quels sont les droits onéreux attachés à l'exercice de la puissance paternelle, le législateur a dû en déterminer les droits utiles... Le projet distingue l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage, de l'exercice de cette même puissance après sa dissolution. Au premier cas, il donne au père la jouissance des biens de ses enfants jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui pourra avoir lieu avant cet âge. Après la dissolution, il accorde les mêmes droits au père ou à la mère survivants... Enfin, en prononçant par cet article que la mère jouit, dans cette circonstance, des droits qu'il accorde au père, le législateur établit un droit égal, une égale indemnité, là où la

---

2, 23; 25 nov. 1896, D., 97, 2, 297. — Trib. de Courtrai, 3 juillet 1896, S., 98, 4, 16. — Caen, 17 nov. 1896. — *Gaz. trib.*, 29 janvier 1897.

(1) Fenet, t. X, p. 521-522.

nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections ; il répara par cette équitable disposition l'injustice de plusieurs siècles... Mais, en même temps que, fidèle interprète de la nature, le moderne législateur rend au nom de mère toute sa dignité ; en même temps, gardien austère des bonnes mœurs, il refuse à celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé, la jouissance accordée par l'article 14 (art. 384 C. Civ.). Celui contre lequel le divorce a été prononcé a, par un délit grave, brisé les nœuds les plus sacrés ; pour lui, il n'y a plus de famille ». Le droit de jouissance est donc, pour nous servir des expressions mêmes que nous venons de rapporter, une « indemnité » des « droits onéreux attachés à l'exercice de la puissance paternelle ». Or, d'après l'art. 386 C. Civ., cette jouissance ne doit pas être accordée à celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé ; ne faut-il pas logiquement en conclure que celui des deux conjoints qui perd cette jouissance, c'est-à-dire l'indemnité, doit, en même temps, perdre l'administration légale dont les charges motivaient pour lui cette indemnité ?

Voici donc une autre raison de décider que l'administration des biens sera confiée à l'époux qui a obtenu le divorce et la garde des enfants : les charges, dira-t-on, doivent suivre l'émolument, et c'est, en effet, à cet époux que revient également le droit de jouissance légale. Cette solution présente encore cet autre avantage que nous trouvons réunies dans la même main : garde, administration et jouissance.

Ce principe avait déjà été mis en lumière par un jugement du Tribunal de Nice, du 3 mai 1892 (1) : « Attendu, dit ce jugement, qu'aux termes de l'article 389 C. Civ., le père n'est administrateur des biens des enfants mineurs que pendant le mariage ; que, s'il est admis qu'il con-

(1) *Gaz. du Pal.*, 1892, 2e Sem., *Supplém.*, p. 27.

serve cette administration même après la dissolution du mariage survenu par le divorce, ce n'est que tout autant qu'il conserve aussi la jouissance des biens par application de ce principe que les charges suivent l'émolument ; mais qu'il serait illogique et contraire aux intérêts de l'enfant que l'administration lui fût maintenue quand la jouissance lui a été enlevée ».

Dans l'hypothèse que nous avons envisagée jusqu'alors, celle où la garde a été confiée à l'époux innocent, les deux principes qui doivent nous servir de règle directrice reçoivent leur application : le principe fondamental en la matière, dont doit toujours s'inspirer le juge, qui consiste à considérer l'intérêt de l'enfant ; or, en attribuant l'administration légale à celui qui a déjà la garde, on fait ce que commande l'intérêt de l'enfant, puisqu'il y a pour lui avantage à réunir dans la même main la direction de l'éducation et celle de la fortune ; et cet autre principe que nous venons de dégager : l'administration doit se joindre à la jouissance, parce que les charges doivent suivre l'émolument, procède également de l'intérêt de l'enfant ; mais ici cet intérêt n'est pas seul en jeu ; il s'y ajoute l'intérêt de l'époux auquel appartient le droit de jouissance légale ; c'est aussi à son profit qu'il est bon d'enlever à l'autre époux l'administration des biens dont il n'a pas la jouissance.

Par application de ce principe nous déciderons que, dans cette espèce et d'autres semblables, où le divorce est prononcé aux torts du mari et où la mère obtient la garde de ses enfants, dans le cas où elle ne paraîtrait pas posséder une expérience suffisante des affaires, il vaudrait mieux lui adjoindre une autre personne pour l'aider dans cette administration plutôt que de l'attribuer au mari déchu de l'usufruit légal (1). Mais l'appréciation de l'opportunité de cette mesure rentrerait dans le pou-

(1) Voy. article de M. Tissier, dans *Revue crit.*, 1898, p. 603.

voir réglementaire qui appartient sans aucun doute aux tribunaux. Un jugement du Tribunal de la Seine du 4 août 1888, qui reproduit d'ailleurs, au point de vue de l'attribution de l'administration légale, la doctrine de la Cour de Paris, indique cette réserve (1) : « Le divorce, dit-il, ayant été prononcé contre lui (le père), il se trouve privé de la jouissance légale des mêmes biens, en vertu de l'art. 386 C. Civ.; pour ne pas rendre cette disposition illusoire et afin d'en assurer la sanction, le Tribunal est amené, dans les conditions sus-rappelées, à user de son pouvoir réglementaire et à lui retirer l'administration légale dont il était resté investi ; l'administration légale ayant été établie dans l'intérêt et pour la sauvegarde de l'enfant, il convient dans l'espèce *de la confier à la mère dont la moralité et la capacité* sont attestées par les divers documents de la cause...»

Nous n'avons jusqu'à présent envisagé que le cas le plus général, celui où la garde de l'enfant a été attribuée à l'époux innocent, bénéficiaire en même temps de l'usufruit légal. A supposer que la garde n'appartienne pas à cet époux, quel principe faudra-t-il appliquer? faudra-t-il encore dire que l'administration légale devra suivre la garde?

M. Hitier, dans la note très complète que nous avons citée sur le jugement du tribunal de la Seine du 25 novembre 1896, répond de la façon suivante : Il paraît résulter implicitement de l'argumentation du jugement, qu'il repousse cette extension. Elle se résume ainsi : il convient de réunir l'administration légale à la garde : 1° parce que cela est favorable aux intérêts de l'enfant ; 2° et conforme aux intérêts de la mère qui est, ou pourrait être usufruitière légale. On assure ainsi l'unité de direction (intérêt de l'enfant), on joint l'administration légale à la jouissance (intérêt de la mère). Donc le tribunal admet

(1) *Gaz. trib.*, 18 août 1888.

que dans les questions de cet ordre il y a lieu de s'inquiéter de la jouissance légale et l'on peut alors poser la formule suivante : « L'administration ne peut se joindre à la garde qu'à la condition de se joindre en même temps à la jouissance légale », ou encore : « Si l'administration légale doit suivre la garde, c'est à la condition que cette réunion ne conduise pas à enlever l'administration des biens à celui des parents qui est investi de la jouissance légale »...

Nous nous associons pleinement aux déductions de M. Hitier et nous estimons que cette formule peut être d'une grande utilité lorsque la garde sera confiée à l'époux contre qui le divorce aura été prononcé.

Ainsi le divorce est prononcé contre la mère, et la garde de l'enfant lui est néanmoins attribuée (le bas âge de l'enfant nécessite le plus souvent cette mesure). Dans ce cas, le père, qui conserve son droit de jouissance légale, conserve aussi le droit d'administration légale. On ne peut plus dire : l'administration va où est la garde, parce qu'alors on séparerait l'administration de la jouissance (1). Un arrêt récent de la Cour de Grenoble vient de faire une application de ce principe (2). La Cour avait à statuer dans une espèce où la femme avait la garde des enfants, bien que le divorce eût été prononcé contre elle; c'est notre cas. Elle a admis que le père, qui conservait intact son usufruit légal, avait conservé par voie de suite l'administration légale : « Attendu, dit l'arrêt, qu'en principe le droit d'exercer les actions judiciaires qui compètent au mineur issu d'un mariage dissous par le divorce rentre dans le droit d'administration légale, pleinement distinct du droit de garde, et *doit être maintenu aux mains de l'époux qui est investi de la*

---

(1) Voy. dans le même sens article de M. Tissier, précité.

(2) Grenoble, 24 juillet 1900, S., 1903, 2, 9. — *Pand fr.*, 1901, 2, 184, D., 1901, 2, 121 et la note.

jouissance légale, et que la mère contre laquelle le divorce a été prononcé et à qui l'enfant mineur a été néanmoins confié, ne peut puiser dans son seul droit de garde, le droit d'exercer les actions appartenant à son enfant. »

Lorsque le divorce est prononcé contre le mari et qu'on lui attribue la garde de l'enfant, nous proposons une autre solution qui n'est pas en opposition, comme on pourrait le croire à première vue, avec la formule que nous avons adoptée. Nous dirons, dans ce cas, que le principe général doit de nouveau s'appliquer : investi de la garde, et bien qu'il soit privé de la jouissance légale, nous accorderons au père le droit d'administration légale. Si le tribunal lui a laissé la garde des enfants, c'est qu'il a jugé que, malgré ses torts comme époux, rien dans les circonstances de la cause ne peut faire supposer qu'il négligera leurs intérêts; et peut-être les juges n'auront-ils pris cette mesure que parce qu'ils savent la femme incapable, en l'espèce, de gérer les intérêts pécuniaires des enfants.

Nous respectons encore la formule que nous avons proposé d'adopter : dans ce cas personne n'aura l'usufruit légal. Notre solution n'a donc pas pour effet « d'enlever l'administration des biens à celui des parents qui est investi de la jouissance légale ». Ce droit de jouissance, en effet, ne doit pas passer à la mère. Pourquoi le lui accorderions-nous? il n'y a pas de raison de lui donner l'émolument sans les charges. Et les lui attribuer l'un et l'autre serait une solution désastreuse en pratique, et qui, le plus souvent, irait à l'encontre des intentions du juge.

Lorsque le divorce sera prononcé contre les deux époux, mais que néanmoins la garde des enfants sera attribuée à l'un d'eux, il y a déchéance pour tous deux; aucun n'a l'usufruit légal, et nous accorderons en principe le droit d'administration à celui qui aura la garde des enfants. Il est bien entendu que nous n'entendons

indiquer qu'une règle générale dont, d'après les circonstances, les tribunaux seront toujours libres de se départir.

Si la garde est confiée à un tiers, nous considérons comme inadmissible le transport de la puissance paternelle, et, par conséquent, le droit d'administration légale à la tierce personne qui a la garde.

Un premier cas ne fait pas de doute, c'est lorsque le divorce a été prononcé aux torts de l'un des époux seulement, et qu'à raison de sa profession, par exemple, l'époux innocent ne peut donner à son enfant les soins nécessaires (1). Cet époux conserve le droit de jouissance légale; on ne comprendrait pas que l'administration légale soit donnée à la tierce personne à laquelle l'enfant a été confié.

Mais dans l'hypothèse du divorce prononcé aux torts réciproques des époux, si la garde est confiée à un tiers, nous refusons absolument le transport de l'administration légale au tiers gardien. Il n'y a plus ici, d'ailleurs, de raison d'accorder l'exercice des droits de puissance paternelle en ce qui concerne les biens à l'un des époux plutôt qu'à l'autre, et ce sera au tribunal de donner la solution de la difficulté (2). C'est déjà la solution que nous avons admise à propos du droit de correction.

Certains auteurs estiment au contraire que le droit d'administration des biens doit être confié au tiers qui a obtenu la garde des enfants. Mais alors cette administration n'a plus le caractère de l'administration légale du père ou de la mère; le tiers n'est qu'un simple administrateur. Pour d'autres, qui reconnaissent également au tiers gardien le droit d'administration des biens, cette

---

(1) Voy. un exemple de ce cas dans un jugement du Trib. du Mans, du 11 août 1885, rapporté dans Coulon, III, p. 467.

(2) Article de M. Tissier, précité. — Note de M. Hitier, sous jugement du Tribunal de la Seine du 25 nov. 1896, précité.

administration, alors même qu'elle est accordée à l'un des époux, ne présente plus les caractères du droit d'administration légale; la personne qui administre les biens des enfants le fait en vertu d'un mandat de justice. C'est l'opinion présentée par M. Mosselin dans son *Dictionnaire juridique* (1); elle est la conséquence de sa théorie sur l'attribution de la puissance paternelle après le divorce. Pour lui, l'administration légale du père prend fin avec le mariage; que le divorce ait été ou non prononcé en sa faveur, la loi ne lui reconnaissait ce droit que pendant le mariage. Bien entendu, il ne passe pas à la femme ni au tiers gardien; mais comme il faut un administrateur des biens des enfants mineurs, ce sera la personne à qui les enfants auront été confiés, qui sera également chargée de cette administration, mais elle le fera en vertu d'un mandat de justice. C'est également l'opinion de M. Huc (2), qui admet, lui aussi, que l'administration passe au tiers gardien, qui administre en ce cas en vertu d'un mandat de justice.

Il nous reste à examiner, pour terminer, les conséquences pratiques essentielles de la doctrine que nous venons de présenter.

L'époux qui a la garde des enfants et, comme conséquence, le droit d'administration légale, puise dans ses pouvoirs d'administrateur le droit d'exercer les actions judiciaires au nom de son enfant mineur. Le jugement du Tribunal de la Seine du 25 novembre 1896, l'arrêt de la Cour de Grenoble du 24 juillet 1900 font tous deux l'application de ce principe : l'époux gardien a qualité pour introduire une action au nom de son enfant. Mais alors on peut se demander si le gardien, qui n'a pas fait un acte utile d'administration, ou qui a mal administré sera responsable vis-à-vis de son enfant. « En un mot,

---

(1) *Mariage-Divorce*, v° *Administration légale*, p. 38.
(2) Huc, II, n° 426.

ainsi que le dit M. Labbé (1) auquel nous empruntons les développements qui vont suivre, cet époux, s'il a qualité pour agir, a-t-il d'un autre côté le devoir de le faire et serait-il responsable de ne l'avoir pas fait? Il est possible que l'action à intenter soit prescriptible par un délai très court; telle est une action en dommages-intérêts dérivant d'un fait punissable. La minorité de la victime du délit ne suspend pas le cours de la prescription; l'action est perdue par l'expiration du délai extinctif. L'enfant, irréparablement lésé, pourra-t il s'en prendre à celui de ses parents à qui la garde de sa personne avait été confiée? En matière d'administration légale durant le mariage, l'affirmative est certaine, le père est comptable; il est donc responsable de sa négligence... » M. Labbé ne se prononce pas nettement : il estime que, dans le silence des textes, il serait difficile de condamner le gardien négligent à des dommages-intérêts.

M. Huc, qui estime que les pouvoirs du gardien quel qu'il soit ne dérivent que d'un mandat de justice, admet que la personne chargée de l'administration ne répondrait que du dol ou des fautes lourdes de sa gestion, et qu'en dehors de ces deux hypothèses, l'art. 1992 C. Civ. devrait être appliqué (2).

Pour nous qui n'avons reconnu possible le droit d'administration légale qu'entre les mains de l'un des deux époux seulement, nous admettons l'application, à l'administration du gardien après le divorce, des règles qui gouvernent la responsabilité du père administrateur durant le mariage (3). La Cour de Paris, dans son arrêt de 1886, si elle avait eu à se prononcer sur cette question, l'aurait peut-être admis; son arrêt suggère bien l'idée de responsabilité par ces mots : « La garde...

---

(1) Note dans S., 88, 2, 217.
(2) Huc, II, n° 428.
(3) Vigié, *Cours de Code Civil*, I, n° 481.

implique *le devoir*, non seulement de veiller à la protection de la personne, mais encore de poursuivre la réparation d'un préjudice éprouvé »; et semble indiquer par là qu'il y a pour le gardien de l'enfant une obligation véritable de défendre ses intérêts pécuniaires, tout comme de veiller sur sa personne physique.

Nous pouvons envisager la question sous une autre face: la demande introduite dans l'intérêt de l'enfant mineur par l'époux qui n'a pas l'administration légale, est-elle recevable? (1).

L'arrêt de la Cour de Grenoble, que nous avons rapporté plus haut, avait également à résoudre cette question; dans l'espèce, le divorce avait été prononcé contre la femme à qui cependant le tribunal avait attribué la garde de l'enfant. L'administration légale était donc restée au mari. La mère venait intenter, au nom de son enfant, une action en interdiction contre son ancien mari, et la Cour a admis le bien-fondé de sa demande en s'appuyant sur ce que, « en cas de conflit entre les droits égaux des deux conjoints divorcés, il appartient aux tribunaux de le trancher en s'inspirant de l'intérêt de l'enfant mineur et que la femme divorcée puise dans la puissance paternelle dont elle a pour sa part repris l'exercice et dans le mandat de protection dont elle est investie envers son enfant, un titre suffisant pour poursuivre en justice l'interdiction de son ancien mari au nom et dans l'intérêt de son enfant. »

M. Labbé, dans la note précédemment citée, envisageant d'une manière générale l'intervention de l'époux non gardien et contre lequel le divorce aurait été pro-

---

(1) La question peut également se poser lorsque la garde a été confiée à un tiers; seulement, dans ce cas, nous dirons que, si sa demande doit, dans l'intérêt de l'enfant, être déclarée recevable, le tribunal devra mettre en cause celui des anciens époux auquel appartient l'administration légale.

noncé, émet également l'opinion que sa demande ne doit pas être déclarée irrecevable, seulement il estime que le tribunal devra ordonner une régularisation de procédure pour la mise en cause de l'époux qu'il regarde comme compétent.

Il nous semble que, dans ce cas, c'est aller trop loin, et que l'art. 303 C. Civ. fournit au parent non gardien un moyen d'intervention. Celui-ci pourra d'abord faire sommation au gardien d'intenter l'action qu'il juge utile. Si ce dernier n'agit pas, son ancien conjoint pourra venir demander au tribunal, pour le plus grand avantage de l'enfant, de revenir sur les mesures prises lors du jugement de divorce et de l'autoriser, par voie de modification à la mesure générale qui a été prise, à exercer, dans l'intérêt de l'enfant, le droit spécial qui paraît être en souffrance ; ou même de retirer la garde à son adversaire. Si vraiment il apparaît que ce dernier néglige les intérêts de l'enfant, le tribunal ne manquera pas d'accéder à la demande de l'époux non gardien (1).

Il nous faut avouer que si cette solution nous paraît plus juridique, celle proposée par M. Labbé aurait le grand avantage d'être plus expéditive, partant plus pratique, la demande de l'époux le plus vigilant pouvant être, comme il a été dit, menacée d'une courte prescription.

Dans l'espèce qu'avait à résoudre la Cour de Grenoble, il s'agissait d'une action étrangère à l'administration des biens et nous admettons, avec M. Tissier, que dans ce cas la Cour a eu raison de déclarer recevable la demande formée par la mère : il s'agit là, de « l'exercice d'un droit de famille, il s'agit d'ailleurs d'une action dirigée contre le père administrateur lui-même ; il faut bien qu'une autre personne représente l'enfant. On pourrait sans doute songer à faire nommer un administrateur *ad hoc ;*

(1) Fonvieille, p. 200. — Huc, II, n° 427.

mais n'est-il pas plus naturel de décider que la mère, qui a la garde de l'enfant et doit le protéger, peut agir elle-même? Tout au moins devrait-on décider, à notre avis, que l'action en justice serait valablement engagée par la mère, sauf au tribunal, s'il le jugeait préférable, à faire nommer un administrateur spécial pour représenter l'enfant (1). »

APPENDICE

Du domicile de l'enfant après le divorce.

Nous pouvons étudier à cette place la question de savoir où se trouve le domicile légal de l'enfant après le divorce.

En effet, nous constatons que, pour la détermination du domicile d'une personne, le Code se réfère plus à l'endroit où est le siège de ses intérêts pécuniaires, qu'au lieu de son habitation. De même, à l'égard du mineur, la loi s'inquiète plus de savoir quel est son représentant légal, qui a l'administration de son patrimoine, que de savoir avec qui il réside : « Le mineur non émancipé », nous dit l'art. 108, al. 2, C. Civ. « aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur ». Il arrive parfois que le survivant des père et mère refuse la tutelle ou en est destitué et que, néanmoins, l'enfant continue à habiter avec lui, malgré la nomination d'un autre tuteur ; nous savons que, dans ce cas, son domicile sera chez le tuteur.

La question ne fait donc pour nous aucune difficulté. Sans avoir égard, après le divorce, à l'attribution du droit de garde, nous nous préoccuperons uniquement de savoir à qui doit appartenir l'administration légale. C'est chez cet époux que sera le domicile de l'enfant (2).

---

(1) Tissier, *Revue critique* 1902, p. 599.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n° 987. — Comp. Aubry et Rau, I, § 143-3°.

Dans la plupart des cas, l'époux à qui sera confiée la garde, aura en même temps l'administration légale des biens de l'enfant, et nous pouvons dire, avec un jugement récent du Tribunal d'Auxerre (1) « que le domicile du mineur est déterminé par celui des époux à la garde duquel il est confié et qui a en même temps l'administration de sa fortune ; que là est le siège de ses principaux intérêts...»

Mais il ne faut pas voir une corrélation nécessaire entre la garde et l'administration et, dans le cas que nous avons eu à envisager maintes fois, où la garde de l'enfant aura été confiée à la mère coupable, nous dirons que le domicile de l'enfant sera chez son père à qui appartiennent l'administration légale et les autres attributs de la puissance paternelle.

Nous voyons la grande analogie que présente cette hypothèse avec celle de la tutelle que nous venons de rappeler.

Il est à peine besoin de dire que, selon les différents systèmes sur l'attribution de l'exercice de la puissance paternelle après le divorce, la question de domicile sera réglée différemment. Pour les uns (2), le domicile de l'enfant sera chez son père ; dans tous les cas, pour d'autres, chez celui des anciens époux à la garde duquel il a été confié.

---

(1) Trib. civ. d'Auxerre, 10 janvier 1901, D., 1901, 2, 389.
(2) Huc, I, n° 387.

SECTION IV

Les autorisations relatives à la vie civile de l'enfant.

I. — *L'Émancipation.*

Au risque de chaque fois nous répéter, nous constaterons ici encore, que le législateur du Code n'a pas songé au divorce?

Est-il besoin de dire que les partisans du maintien des pouvoirs du père après le divorce n'ont pas vu là la moindre lacune mais, au contraire, une nouvelle application de leur principe.

Il est vrai que, si on le prend à la lettre, le texte de l'art. 477 C. Civ. semble bien refuser à la mère qui a obtenu le divorce et la garde de l'enfant, la faculté de l'émanciper, et réserver ce droit au père d'une manière absolue. Cet article est ainsi conçu : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, *ou à défaut de père*, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus... »

On s'empresse de nous faire remarquer qu'ici nous ne pouvons plus invoquer les mots « durant le mariage », employés par d'autres articles du Code (1), mais qui ne se retrouvent pas ici, pour restreindre les droits du père après la dissolution du mariage par le divorce (2); que si le législateur n'avait pas eu l'intention de déclarer formellement que la mère peut émanciper son enfant dans le cas seulement où le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il aurait employé d'autres termes, et qu'il aurait été plus explicite s'il avait

---

(1) Art. 373, 384, 389 C. Civ.
(2) Huc, II, n° 431.

voulu indiquer qu'à la dissolution du mariage, le père cessait d'avoir seul le droit d'émancipation (1). Quand le législateur entend que les pouvoirs du père cessent avec le mariage, il s'exprime nettement ; mais ici, il ne subordonne en aucune façon le droit d'émancipation à la durée du mariage.

Malgré la valeur de ces arguments, nous nous refusons à accepter la solution proposée. Nous le répétons, le législateur de 1886, comme celui du Code, a omis de statuer. Si nous faisons appel aux principes que nous avons déjà rappelés, ils nous commanderont une tout autre solution. Quel a été le vœu de la loi, en donnant au père le droit d'émancipation ? Il n'a été désigné qu'en raison de ses fonctions de chef de famille, ayant l'enfant sous ses yeux, sous son autorité. La loi a voulu que l'émancipation fût laissée à l'appréciation des personnes les plus qualifiées pour juger de son utilité. Si la famille est désorganisée par le divorce, ce sera à celui des époux qui continue la tâche du père de se prononcer ; il est le seul capable d'apprécier ce que demande l'intérêt de l'enfant. Ne peut-on pas considérer le père comme empêché légalement par la prononciation du divorce contre lui, et appliquer à notre cas les mots : « à défaut de père » de l'art. 477 ?

L'application du principe du maintien intégral des pouvoirs du père après le divorce, conduit ici aux conséquences pratiques les plus regrettables. En effet, qu'arrivera-t-il lorsque le divorce aura été prononcé en faveur de la mère et qu'elle aura obtenu en même temps la garde des enfants ? Nous savons qu'elle possède dans ce cas l'administration et la jouissance légales : laisser le droit d'émancipation entre les mains du père, c'est lui donner la faculté de mettre à néant les dispositions que la loi et le juge avaient édictées dans l'intérêt de

(1) Carpentier, n° 393. — Coulon, V, p. 148.

l'enfant. L'enfant échappera légalement à la garde de sa mère; celle-ci sera lésée personnellement par la cessation de la jouissance légale. Et, dans la plupart des cas, il sera hors de doute que le père, en faisant la déclaration d'émancipation, loin de s'inspirer de l'intérêt de l'enfant, n'agira que dans un but de chicane à l'égard de la mère.

Nos adversaires se sont rendu compte du danger, et la jurisprudence, qui suit leur principe en cette matière, a dû chercher à y parer. Elle a admis que si le père émancipe l'enfant dont il n'a pas la garde, la mère gardienne est autorisée à s'adresser aux tribunaux pour leur demander l'annulation de cette émancipation.

Deux tendances se sont manifestées : certaines décisions ont admis que les tribunaux pouvaient annuler complètement cette émancipation ; d'autres ont reconnu qu'ils avaient le droit, tout en la maintenant, d'annuler ceux de ses effets susceptibles de faire échec aux décisions de justice relatives à la garde. C'est ce second procédé qui a été admis par un arrêt de la Cour de Douai, du 25 mars 1895 (1). On est aussi arrivé à reconnaître à l'enfant émancipé le droit d'administrer lui-même ses biens, tout en maintenant à la mère le droit de garde et la jouissance légale, bien que cet avantage ne soit plus la contre-partie de l'administration qui lui est ainsi enlevée (2).

Un jugement du Tribunal de la Seine, du 12 juin 1891, fait l'application du système de l'annulation complète de l'émancipation ainsi faite par le père (3). « Attendu que l'émancipation d'un mineur faite par le père contre qui le divorce a été prononcé peut être annulée par les tri-

(1) S., 97, 2, 73, et la note de M. Wahl. — *Sic*, Cass., 4 avril 1865, D., 65, 1, 387.

(2) Bordeaux, 7 janvier 1852, S., 52, 2, 276. — Rouen, 12 juin 1866, S., 67, 2, 23. — Caen, 4 décembre 1867, S., 68, 2, 228.

(3) D., 93, 2, 372. — Paris, 4 déc. 1894, S., 97, 2, 73.

bunaux s'il est établi en fait qu'elle a eu lieu, non pas dans l'intérêt de l'enfant mineur, mais dans un but frauduleux pour faire échec aux droits que le jugement de divorce avait conférés à la mère sur son enfant. »

Nous admettons donc que, lorsque la garde appartient au père, lui seul a le droit d'émanciper l'enfant, ceci ne fait pas de difficulté.

Lorsque la mère a obtenu à la fois le divorce et la garde de l'enfant, nous refusons au père le droit d'émancipation. Mais faudra-t-il accorder ce droit à la mère seule, ou exiger en même temps le concours du père ? Certains bons esprits l'ont demandé ; nous n'en voyons pas bien l'utilité. En général, le père ne s'opposera pas à l'émancipation faite par son ancienne épouse, cette mesure lui donnant des relations plus faciles avec son enfant qui jusqu'alors était sous la garde de la mère. Dans l'hypothèse où l'émancipation aurait pour résultat évident de nuire aux intérêts de l'enfant, qui n'aurait pas encore l'expérience suffisante pour gérer ses intérêts d'une façon convenable, le père serait admis à protester contre la mesure que vient de prendre ou que va prendre la mère, et il aurait incontestablement le droit, en vertu de l'art. 303, de venir demander aux tribunaux, dans l'intérêt de l'enfant, de réformer cette mesure ou même de retirer la garde à la mère, s'il était démontré que celle-ci fait usage de ses prérogatives contrairement aux intérêts du mineur.

Lorsque la garde a été attribuée à la mère coupable, nous avons décidé que le père conservait l'administration et la jouissance légales, il conservera également les autres attributs de la puissance paternelle et notamment le droit d'émancipation. Souvent la question ne se posera même pas, car il est probable qu'avant l'âge où l'enfant pourrait bénéficier de cette mesure, une modification sera intervenue qui aura pour but de restituer la garde au père qui n'en n'avait été privé qu'à raison du bas

âge de l'enfant et de la nécessité où l'on se trouvait de ne pas le priver des soins maternels. Si, néanmoins, il était resté confié à la mère jusqu'à cette époque, l'émancipation qui aurait pour but unique de le soustraire à l'autorité de sa mère, pourrait être attaquée par celle-ci et ce serait aux tribunaux à apprécier.

Nous retrouvons en définitive toutes les distinctions que nous avons admises en matière d'administration légale, et nous n'avons qu'à nous reporter aux solutions que nous y avons données pour décider, lorsque la garde sera attribuée à un tiers, auquel des deux époux devra être attribué le droit d'émancipation.

Mais en cette matière, plus encore peut-être que pour les attributs de la puissance paternelle que nous avons déjà étudiés, il serait à souhaiter qu'intervienne une réforme législative analogue à celle que nous allons examiner à propos du consentement au mariage.

II. — *Le consentement au mariage et à l'entrée dans les ordres religieux.*

Jusqu'à ces dernières années, la question du consentement au mariage des enfants d'époux divorcés se posait dans les mêmes termes que celle de leur émancipation. Les art. 148 et 149 du Code Civil ont, comme la plupart de ceux que nous avons eu à examiner au cours de cette étude, laissé de côté le cas de divorce; le premier décide que : « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter le mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. » Et l'art. 149 ajoute : « Si l'un d'eux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. »

Le système du Code est donc le suivant : jusqu'à cette majorité spéciale, les enfants ne peuvent contracter

mariage sans le consentement de leurs père et mère ; ils doivent être consultés tous les deux, mais leur désaccord ne peut être un obstacle insurmontable et rendre impossible le mariage de leurs enfants : dans ce cas, la volonté du père sera prépondérante. A l'âge de vingt-un ou de vingt-cinq ans le consentement des parents doit toujours être demandé, mais il n'est plus indispensable et l'enfant pourra passer outre après avoir demandé ce consentement par un acte respecteux.

Le divorce apportait-il quelque modification à la prépondérance du père ? On renouvelait ici, de part et d'autre, les raisonnements que nous avons reproduits à propos d'autres matières, et nous devons reconnaître que la majorité des auteurs se refusaient à enlever au père ce privilège même après le divorce prononcé contre lui, même lorsque la garde des enfants lui avait été enlevée (1).

Les mauvais résultats engendrés par la pratique de ce système étaient trop évidents ; le père pouvait par esprit de vengeance se faire un jeu de refuser à l'enfant un consentement dont il lui était impossible de se passer. La prépondérance qu'on lui conservait s'accordait mal, au surplus, avec la privation qu'on lui faisait subir tandis qu'il semblait logique de la faire passer dans les mêmes mains auxquelles avait été confié le soin de veiller à l'éducation de l'enfant.

Ce sont ces considérations qui ont inspiré aux auteurs de la loi du 20 juin 1896, dont le but est de faciliter le mariage et d'en simplifier les formalités, une disposition assez heureuse quoique incomplète. C'est l'application, en matière de consentement à mariage, du principe même que nous avons essayé de dégager au cours de cette étude. Le nouvel art. 152 porte que, « s'il y a dissentiment entre les époux divorcés, ou séparés de corps, le consentement de celui des deux époux au profit

(1) Coulon, V, p. 150.

duquel le divorce ou la séparation aura été prononcée et qui aura obtenu la garde des enfants, suffira (1). »

Des termes mêmes de l'article il résulte que les deux parents doivent toujours être consultés, car si un seul était appelé à donner son avis, il ne pourrait y avoir dissentiment.

Il semble résulter, de plus, de la rédaction de l'art. 152, que l'art. 148 doit continuer à recevoir application dans les deux cas suivants : 1° lorsque le divorce a été prononcé aux torts des deux époux quand bien même la garde de l'enfant aurait été attribuée à l'un d'eux (ce cas a été expressément indiqué lors de la discussion (2) ; 2° lorsque celui au profit duquel le divorce a été prononcé n'a pas obtenu la garde de l'enfant, soit qu'elle ait été confiée à l'autre époux, soit qu'elle ait été remise à un tiers (3).

Il eût été préférable à notre sens d'aller plus loin et de faire prévaloir la volonté de l'époux innocent, sans avoir égard à l'attribution de la garde, dans les cas exceptionnels où elle est donnée à l'époux coupable ou à une tierce personne ; et celle du conjoint gardien dans le cas de divorce prononcé aux torts réciproques des époux alors que la garde est confiée à l'un d'eux. La prépondérance du gardien, en cette matière, se comprend mieux que celle du père. On retomberait sous l'empire

---

(1) En Hongrie, la loi XXXI, sur le mariage, votée en 1894, contient une disposition analogue. Elle donne à la mère séparée de lit et de table ou divorcée le droit de consentir au mariage des enfants confiés à sa garde ; le père ne la remplace que quand elle est empêchée ou privée de la puissance paternelle. Il faut noter qu'en Hongrie, le consentement au mariage n'appartient pas concurremment au père ou à la mère : en temps normal, c'est le père seul qui consent, la mère n'est substituée à lui qu'en cas d'impossibilité ou d'empêchement de sa part.

(2) Lois nouvelles, 1896, I, 335.

(3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1456.

du droit commun dans le seul cas où la garde aurait été attribuée à un tiers, le divorce étant prononcé contre les deux époux.

Le consentement des père et mère est également exigé lorsque l'enfant veut entrer dans les ordres religieux ou sacrés. Ce consentement est régi par les mêmes règles que celles qui gouvernent le consentement au mariage (1). Il en résulte que le bénéfice du nouvel art. 152 pourrait être invoqué par les enfants d'époux divorcés qui voudraient prononcer des vœux ou entrer dans les ordres.

III. — *Le consentement à l'adoption.*

Parmi les nombreuses conditions auxquelles est soumise l'adoption, figure le consentement des père et mère de l'adopté (art. 346 C. Civ.). Ici la loi s'est montrée plus exigeante qu'en matière de mariage : elle a reculé jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les deux sexes, la limite de cette minorité spéciale, et elle a exigé le consentement des *père et mère,* ou du survivant; passé vingt-cinq ans, l'adopté doit demander leur conseil. Donc, contrairement à ce que nous venons de voir pour le consentement à mariage, il n'y a pas ici de voix prépondérante; le consentement des deux époux est exigé par la loi, et l'adoption du mineur de vingt-cinq ans est impossible si l'un des deux ascendants refuse de donner son consentement.

Ces règles sévères se comprennent bien : c'est la nature même qui a forgé les liens qui unissent les parents aux enfants; s'en dépouiller à l'égard d'un étranger est un acte grave, et il faut que cet abandon soit volontaire de la part des deux époux.

---

(1) Art. 7 du décret du 18 février 1809 relatif aux congrégations des maisons hospitalières de femmes, et art. 4 du décret du 28 fév. 1810, contenant des dispositions relatives aux lois organiques du Concordat.

Aussi le divorce des père et mère ne changera en rien cette condition. Il ne s'agit plus ici de l'*exercice* de la puissance paternelle, mais de cette puissance elle-même, qui subsiste tant qu'une décision judiciaire n'en a pas déclaré déchu l'un des parents; donc, sur ce point, la règle sera la même que durant le mariage; les deux anciens époux devront donner leur consentement à l'adoption de leur enfant.

Ce que nous venons de dire s'appliquerait à l'hypothèse de la tutelle officieuse qui n'est en général que le préliminaire de l'adoption.

IV. — *Le consentement à l'engagement militaire.*

L'art. 56, al. 2, 6, de la loi du 15 juillet 1889 sur le recrutement de l'armée dispose que l'engagé volontaire, s'il a moins de vingt ans, doit être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur. Il ne fait que reproduire les dispositions des lois antérieures, celle du 27 juillet 1872 (art. 46) et le décret du 1er décembre 1872, art 1er).

Si donc les deux époux vivent, on exige le consentement du père, ou celui de la mère survivante, ou celui du tuteur si tous deux sont morts. Le cas de divorce est certainement demeuré en dehors des prévisions du législateur; comme pour le consentement au mariage, les défenseurs des pouvoirs du père les lui maintiennent intacts, même quand le divorce a été prononcé contre lui.

Conformément aux principes développés précédemment sur la puissance paternelle, nous admettons une fois de plus que ce droit doit être réservé à l'époux attributaire des autres prérogatives de la puissance paternelle.

Dans les très rares décisions relatives à cette matière, la jurisprudence a admis le droit de la mère gardienne

de donner, au refus du père, l'autorisation au mineur de vingt ans de contracter un engagement volontaire (1).

Nos adversaires critiquent cette jurisprudence, et dans le cas où le consentement du père n'a été donné que pour faire échec aux droits de la mère gardienne, ils vont même jusqu'à refuser à cette dernière le droit de demander aux tribunaux de s'opposer à ce que l'enfant mineur soit ainsi soustrait à sa garde. Ils invoquent la volonté prépondérante du père et le droit que la loi reconnaît à l'enfant, et favorise même, de servir dans l'armée. On voit jusqu'où peuvent conduire les conséquences du principe de suprématie du père toujours et quand même.

Pour nous, ainsi que nous l'avons admis au cas d'émancipation, la mère gardienne, quoique non bénéficiaire des autres attributs de la puissance paternelle, serait autorisée à venir prouver que le consentement du père n'a été donné qu'en fraude de ses droits et pour faire échec aux ordres de justice.

---

(1) Trib. civ. de Marseille, 14 déc. 1872, S., 73, 2, 121. — Paris, 29 octobre 1886, *Pand. fr.*, 86, 2, 370.

CHAPITRE VI

Pouvoirs du gardien. Surveillance de l'exercice de la puissance paternelle et de la garde.

Le droit de garde accordé par l'art. 302 C. Civ. comprend, dit-on généralement, l'entretien et l'éducation des enfants. L'article 303 ne laisse aucun doute à ce sujet; en disposant que les père et mère qui n'ont pas la garde conservent le droit de surveiller *l'entretien et l'éducation* de leurs enfants, il nous explique ces mots de l'article qui le précède : « les enfants seront confiés... aux soins... » Ce sont là les seuls droits que le gardien possède en tant que gardien, et le tiers chargé de la garde n'en aura jamais d'autres.

Il nous semble que, même aussi limités, les pouvoirs du gardien, comme tel, sont encore trop étendus, et qu'il faut se garder de donner un sens trop large à ce terme : l'éducation.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que dans le cas normal, celui où la garde est attribuée à l'époux au profit duquel a été prononcé le divorce, il ne fallait pas craindre de donner à la garde toute l'extension possible, et que, dans le système que nous avons adopté, celle-ci devait conférer à celui qui en était investi tous les attributs de la puissance paternelle.

Mais lorsque l'enfant a été confié à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, le droit de garde qui lui

a été attribué par nécessité, ne saurait avoir l'importance et l'étendue que nous venons de lui reconnaître.

Il ne faut donc pas exagérer la portée des termes de l'art. 303 et accorder au gardien, en cette seule qualité, le pouvoir de diriger l'éducation de l'enfant. Il ne fera cette éducation que sous la direction de l'époux dépositaire de la puissance paternelle; il pourra mettre l'enfant en pension, lui faire donner une instruction conforme à sa situation sociale, suivant l'orientation première qui lui avait été donnée, mais toutes les décisions importantes, éducation religieuse, choix d'une profession, devront être prises par l'époux gagnant.

Mais la loi ne pouvait pas, en enlevant la garde de l'enfant à l'un des époux ou à tous deux, songer à créer entre eux un abîme infranchissable. Malgré tout, c'est seulement le mariage qui est rompu par le divorce, et les liens que la nature avait créés entre les parents et leurs enfants subsistent malgré lui. Il ne faut pas que le jour où ceux-ci seront maîtres de leurs droits et de leur personne, ils soient devenus tout à fait étrangers au parent dont ils ont été séparés. Après le divorce, comme au cours du mariage, il était indispensable de maintenir le principe de l'unité de direction ; mais ce serait dépasser ce but que de refuser aux parents le droit de s'occuper de leurs enfants et de leur continuer les témoignages de leur affection. L'époux non gardien doit pouvoir se rendre compte des sentiments dans lesquels on élève ses enfants, essayer de les modifier lui-même par ses conseils; en un mot, il doit avoir le droit de surveiller et de contrôler leur éducation. C'est ce que l'art. 302 décide d'une manière formelle.

Ce droit de surveillance ne saurait s'exercer efficacecement sans un rapprochement avec les enfants. Il implique nécessairement le droit de visite du conjoint non gardien; privé de ses enfants, l'époux coupable aurait manqué de tous les renseignements sur leur situa-

tion matérielle et morale, s'il ne lui était permis de les voir et d'apprécier par lui-même les soins et l'éducation qui leur sont donnés (1). Ce droit lui appartient légitimement, pourvu qu'il s'exerce sans porter atteinte au droit de garde, et il est réservé aux tribunaux d'en réglementer l'exercice.

La sanction attachée au droit de surveillance consiste dans la faculté de recourir aux tribunaux pour réprimer les abus qui pourraient être commis (2). Le tribunal est souverain appréciateur des griefs du demandeur, et s'ils lui paraissent fondés, il modifiera les mesures primitivement prescrites par lui, sinon il les maintiendra. Il ne faut pas se dissimuler que bien souvent ce droit de surveillance du non gardien n'est qu'un prétexte à luttes mesquines où se satisfait sa vengeance contre son ancien époux; il nous semble que les tribunaux ne doivent pas se montrer trop disposés à écouter ces doléances, et que dans toutes les questions relatives à l'entretien et à l'éducation, pour être admis à protester contre une mesure prise par son ancien conjoint, l'époux non gardien doit prouver que l'intérêt de l'enfant est en jeu. Il faut protéger le gardien contre une opposition systématique et ne pas le priver, sous prétexte de favoriser le droit de surveillance, des avantages que la loi lui accorde dans l'exercice de sa délicate mission. Il appartient aux tribunaux d'assurer, dans une large mesure, l'indépendance de l'époux attributaire de la puissance paternelle, et d'écarter les obstacles que son ancien conjoint n'est souvent que trop disposé à semer sur sa route.

---

(1) Le droit de surveillance qui est accordé à l'époux non gardien s'étend à toutes les dispositions qui pourraient être prises, soit au point de vue matériel, soit au point de vue moral. Certains arrêts accordent ce droit à propos du choix d'un pensionnat (Lyon, 10 mars 1866, D., 67, 3, 96), d'une marraine (Cass., 29 juin 1868, S., 68, 1, 402).

(2) Cass., 29 juin 1868, S., 68, 1, 402. — Cass., 1er août 1883, S., 84, 1, 116.

Par application des principes de la responsabilité civile, nous devons admettre que celui sous la garde duquel l'enfant a été placé, et non pas le bénéficiaire de la puissance paternelle, serait responsable des délits et quasi-délits commis par le mineur; c'est contre lui seul que peut être érigée la présomption de défaut de surveillance. C'est au gardien seul que la loi s'adresse; aussi la même solution doit-elle être admise quand l'un des époux est gardien, ou quand l'enfant a été confié à une tierce personne. Ce tiers peut être assimilé aux maîtres de pension, patrons et autres, que la loi déclare responsables.

CHAPITRE VII

De la contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants.

L'art. 303 impose aux époux divorcés l'obligation de contribuer à proportion de leurs facultés aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants.

Lors de la discussion, en 1884, du projet de loi sur le rétablissement du divorce, la Commission parlementaire nommée par la Chambre pour examiner ce projet, avait fait à l'ancien art. 303 C. Civ. une addition qu'il est regrettable de n'avoir pas conservée : « Le tribunal qui prononcera le divorce déterminera la pension annuelle qui devra être servie aux enfants nés du mariage pour leur nourriture, leur entretien et leur éducation. »

Ce projet fut combattu par M. Gatineau comme inutile. Suivant lui, le texte de l'art. 304 était irréprochable et se suffisait à lui-même; il devait être expliqué d'après les obligations imposées aux époux lors du mariage, et il n'y avait qu'à se reporter à l'art. 203.

Divers amendements furent également proposés, dont aucun n'aboutit. A la Chambre, M. Ganault avait demandé d'assurer aux enfants la transmission du quart des biens de chacun des époux divorcés dans le cas d'existence d'un seul enfant, et du tiers dans les autres cas. Cet amendement, qui avait le grave inconvénient d'ouvrir un droit de succession sur les biens des époux encore vivants, fut combattu par M. Letellier et repoussé à la séance du 16 juin 1882.

Devant le Sénat, en deuxième délibération, M. Delsol présenta un amendement du même genre, qui fut également repoussé, à la séance du 23 juin 1884, sur les instances de M. de Marcère. Il différait du précédent en ce que ce droit de propriété n'était accordé aux enfants que sur les biens de l'époux coupable et que celui-ci en conservait la jouissance à la charge de pourvoir à leur entretien et à leur éducation.

Le principe posé dans l'art. 203 a donc été jugé suffisant. Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Mais il peut se faire, et en fait le cas se rencontre fort souvent, que le jugement de divorce, en confiant la garde à l'un des époux, sera resté muet sur la pension à fournir par l'autre.

Celui-ci n'en demeure pas moins tenu de son obligation d'entretien et un conflit pourra surgir : l'époux gardien aura subvenu seul pendant un certain temps aux frais de l'entretien et de l'éducation des enfants et voudra agir contre son ex-conjoint, en remboursement de sa part dans les dépenses. Cette action récursoire est-elle possible ?

La question ne peut être résolue que si l'on détermine avec précision le caractère de l'obligation alimentaire qui pèse sur les parents en vertu de l'art. 203 C. Civ.

Tout d'abord, il est certain que cette obligation pèse sur chacun des deux époux; le principe en est évidemment commun à la mère comme au père. Ainsi que le fait très justement remarquer Demolombe (1), cette obligation dérive non du mariage, comme le dit assez improprement l'art. 203, mais « du fait même de la procréation ». Cet article déclare que « les époux contractent...

(1) *Cours de Code Civ.*, IV, n° 3.

ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». On a fait observer (1) maintes fois que le mot ensemble, qui pourrait être traduit par « l'un envers l'autre », a bien plus naturellement le sens de « en même temps », « l'un et l'autre » (2).

Mais dans quelle mesure peut-on poursuivre contre chacun des auteurs de l'enfant l'exécution de l'obligation alimentaire ?

Pendant longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont déclaré que l'obligation alimentaire était solidaire et indivisible, les uns lui reconnaissant à la fois ces deux caractères (3), d'autres n'admettant que la solidarité (4) et un certain nombre lui reconnaissant le seul caractère d'indivisibilité (5).

Il n'est guère possible de soutenir que les époux soient tenus solidairement. La solidarité est légale ou conventionnelle (art. 1202 C. Civ.). Or, il ne peut être question de solidarité conventionnelle puisque l'obligation écrite dans l'art. 203 C. Civ. a sa cause dans la loi. Il ne peut pas non plus être question de solidarité légale, puisque aucun texte ne l'édicte. Ce système se brise contre l'art. 1202 qui décide que la solidarité ne se présume point (6).

---

(1) Aubry et Rau, VI, p. 72, § 547. — Laurent, III, n° 43. — Baudry-Lacantinerie, *Précis,* 3e éd., I, n° 582. — Bordeaux, 19 janvier 1888, S., 88, 2, 132. — Cass., 21 mai 1890, S., 91, 1, 81 et la note de M. Bourcart, D., 91, 1, 337 et la note de M de Loynes.

(2) Demolombe (*op.* et *loc. cit.*) dit : « que ces deux acceptions sont possibles et qu'on peut dire, avec une égale vérité, que les époux sont tout à la fois obligés l'un envers l'autre et envers leurs enfants. »

(3) Douai, 9 mai 1853, S., 54, 2, 161. — Grenoble, 19 avril 1831, S., 32, 2, 495. — Proudhon, *Tr. de l'état des personnes,* I, p. 447. — Cass., 3 août 1837, S., 38, 1, 412 (d'après cet arrêt, l'indivisibilité résulterait de la solidarité).

(4) Delvincourt, I, p. 378. — Toullier, II, n° 613. — Paris, 13 juin 1836, S., 36, 2, 335; 26 juillet 1862, S., 62, 2, 513.

(5) Duranton, II, nos 424, 425. — Rennes, 30 mars 1833, S., 34, 2, 111. — Grenoble, 28 janvier 1836, S., 36, 2, 335.

(6) Laurent, III, n° 43.

L'indivisibilité est également très difficile à soutenir. Elle ne peut résulter que de deux causes : la nature des choses, indivisibilité *natura* et l'intention des parties, *solutione*. Or, l'obligation édictée par l'art. 203 C. Civ. ne peut être indivisible *solutione*, puisqu'elle est créée par la loi. Elle ne peut pas non plus présenter le caractère d'indivisibilité *natura*, car la dette a pour objet des frais d'éducation, c'est-à-dire une somme d'argent, chose essentiellement divisible. On a bien exprimé l'idée qu'on « ne peut pas vivre pour partie » (1), mais il faut répondre, avec Dumoulin, que les aliments qui entretiennent la vie sont parfaitement divisibles : « *quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt; id est, res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent* » (2).

Non seulement aucun texte ne déclare cette obligation solidaire ou indivisible, mais l'art. 208 est absolument contraire à cette théorie; il prononce que « les aliments ne sont dus que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit ». C'est bien prévoir que l'un des coobligés pourra n'être appelé à payer qu'une partie, ce qui est contraire à l'idée d'indivisibilité.

Les auteurs modernes et la jurisprudence actuelle ont reconnu l'erreur et repoussent la solidarité et l'indivisibilité (3).

Mais si l'obligation pour les père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants n'est ni solidaire ni

---

(1) Duranton, *op.* et *loc. cit.*

(2) Dumoulin, *De Divid. et Individ.*, t. III, part. II, n° 238.

(3) Laurent, III, n° 66. — Demolombe, IV, n° 63. — Zachariæ, Ed. Massé et Vergé, I, p. 223. — Marcadé, I, art. 207. — Rodière, *De la Solidarité et de l'Indivisibilité,* n°s 178, 179. — Huc, II, n° 190. — Grenoble, 8 avril 1870, S., 71, 2, 36. — Bordeaux, 19 janvier 1888, S., 88, 2, 132.

indivisible, ne peut-on pas dire que ce soit une obligation *in solidum*, qui confère au créancier la faculté d'agir pour le tout contre chacun des débiteurs, mais ne produit cependant aucun des effets exceptionnels attachés à la solidarité proprement dite ? (1).

Il est hors de doute que l'obligation alimentaire rentre dans une catégorie particulière et se trouve dans des conditions spéciales. Il est indispensable que celui qui a droit aux aliments les obtienne, dans la mesure de ses besoins, le plus vite possible. Si donc l'un des coobligés se trouve insolvable, ou même si, sans être insolvable, il oppose trop de difficultés ou de retards à une demande qui est essentiellement urgente, la nécessité exige de décider que le crédi-alimentaire peut s'adresser à un seul des coobligés et lui réclamer ce qui lui est indispensable pour subsister. Le père et la mère, dit l'art. 203, sont tenus ensemble... Nous avons dit qu'il fallait entendre que *chacun d'eux est tenu* ; nous pouvons ajouter : *pour le tout*. C'est la qualité de père ou de mère qui entraîne ce devoir ; la dette naturelle qui en résulte et qui est reconnue par la loi, ne peut, théoriquement, pas plus se morceler que la qualité elle-même dont elle dérive. Il s'ensuit que, virtuellement au moins, chaque parent est tenu d'une obligation au tout. « Nous sommes en présence, dit M. Huc (2), d'une obligation *in solidum* analogue à celle qu'auraient contractée deux individus s'étant portés séparément caution de la même dette. Chacun des époux est donc, vis-à-vis des tiers, tenu d'une obligation qu'il doit acquitter comme sienne, pour le tout, et sans recours contre l'autre, du moins en principe ».

Dans l'hypothèse que nous avons en vue, c'est-à-dire

---

(1) Voy. les auteurs cités à la note 3 de la page précédente. — *Adde*, arrêt de Nancy, 15 avril 1899, S., 1902, 2, 153.

(2) Tome II, n° 190.

celle où l'époux gardien a subvenu seul aux frais de l'éducation des enfants et veut agir contre son ex-conjoint en remboursement de sa part dans les dépenses, diverses décisions judiciaires, par application des principes que nous venons de rappeler, refusent tout recours à cet époux et décident que chacun d'eux est tenu dans les limites de ses facultés sans recours possible contre l'autre (1).

L'arrêt de la Cour de Paris du 25 avril 1892 s'appuie sur les considérations suivantes : chacun des époux est tenu personnellement, dans la limite de ses facultés, de subvenir aux frais d'entretien et d'éducation des enfants; mais la loi n'attache ni le caractère de la solidarité, ni celui de l'indivisibilité à cette obligation, et par suite celui des époux qui a seul supporté les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant ne saurait exercer contre son conjoint l'action récursoire qui appartient, lorsqu'il a payé la totalité de la dette, au codébiteur d'une obligation solidaire et indivisible. Pour que l'époux gardien ait la faculté d'un recours, il faut que la quotité de la pension à fournir par chacun des anciens époux ait été préalablement fixée par le tribunal; il conserve néanmoins le droit de solliciter du tribunal une décision réglant pour l'avenir la participation du conjoint non gardien dans les dépenses d'entretien (2).

---

(1) Paris, 26 avril 1892, D., 93, 2, 175. — Trib. de Vesoul, 27 janvier 1893. — *Gaz. trib.*, 2 avril 1893. — Civ., Cass., 6 août 1894, S., 94, 1,416. — Huc, II, n° 190. — Laurent, III, n° 43.

(2) Nous avons envisagé le cas normal, celui où les frais que nécessitent l'entretien et l'éducation des enfants doivent être supportés en totalité par leurs père et mère; mais lorsque ces enfants possèdent des biens personnels soumis à l'usufruit légal, il est un cas où l'époux gardien aurait incontestablement un recours à exercer contre son ancien conjoint. C'est celui où le divorce ayant été prononcé aux torts de la mère, la garde des enfants lui a néanmoins été accordée. Elle n'a pas la jouissance légale, et il faut que le père usufruitier contribue à leur entretien avec cet usufruit (art. 385-2°, Code Civ.).

L'hypothèse que nous venons d'examiner est exceptionnelle; en général, le jugement de divorce, en même temps qu'il règlera la garde de l'enfant, fixera la part contributive de chacun des époux dans les dépenses d'entretien et d'éducation, soit que la garde ait été confiée à l'un d'eux, soit qu'elle ait été confiée à une tierce personne.

Tout ce que nous avons dit du caractère provisoire des mesures concernant la garde des enfants trouverait ici son application : la détermination du montant de la pension alimentaire ne sera pas établie d'une façon définitive; elle est susceptible de varier avec les besoins des enfants et les ressources des époux; le gardien pourrait donc s'adresser au tribunal pour en demander l'augmentation, de même que le débiteur pourrait chercher à s'en faire exonérer partiellement ou en totalité.

Mais les tribunaux, en déterminant la quotité de la somme à fournir par l'époux non gardien pour sa part dans les frais d'entretien et d'éducation des enfants, pourraient-ils en assurer le paiement par une mesure spéciale, comme le dépôt, entre les mains d'un tiers, du capital suffisant pour le service des arrérages, ou l'obligation de fournir une caution ou de constituer une hypothèque ?

La raison de douter nous est indiquée par M. Huc (1) : « Les aliments, dit-il, correspondent aux besoins quotidiens de la personne. Donc leur prestation pourrait à la rigueur se traduire par le paiement quotidien de la somme nécessaire pour vivre durant un jour, et cette mesure a dû être prise quelquefois. Mais notre observation tend uniquement à démontrer que les aliments ne peuvent être payés en masse; que le débiteur ne peut être tenu de fournir un capital sur lequel le créancier

(1) Tome II, n° 219. — Comp. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, n°s 2087, 2088.

aurait à vivre; qu'il peut seulement être assujetti à acquitter des prestations périodiques dont il appartient au juge de fixer les échéances. Pour garantir le paiement à chaque échéance les juges ne pourraient pas ordonner la constitution de sûretés particulières telles que l'affectation d'un capital, la constitution d'une hypothèque ou celle d'une caution... L'action de l'art. 1167 C. Civ. et l'action en simulation suffiront pour restituer l'alimentaire contre les effets des actes frauduleux ou simulés. En cas d'insolvabilité réelle de son débiteur, l'alimentaire doit suivre le sort commun de tous les créanciers. »

Cependant la jurisprudence, généralement approuvée par la doctrine (1), admet que les tribunaux peuvent ordonner le versement d'un capital suffisant pour assurer le service de la pension.

Mais il faut remarquer que ni les auteurs, ni la jurisprudence ne posent la question en termes généraux, et qu'ils n'admettent cette solution que dans le cas où le créancier de la pension craindrait que le débiteur ne cherche, par des moyens frauduleux, à dénaturer sa fortune et à se rendre en apparence insolvable, pour se soustraire à l'obligation dont il est tenu. « En principe, dit Demolombe (2), le juge ne peut pas forcer le débiteur d'aliments soit à constituer un capital, soit à fournir une hypothèque ou une caution. Il y a toutefois des circonstances dans lesquelles je crois que les magistrats pourraient et devraient même assurer par des garanties, par une hypothèque ou autrement, le service de la pension alimentaire. Supposez qu'on ait de sérieux et légitimes sujets de craindre que le débiteur des aliments, pour se

---

(1) Cass., Req., 30 janvier 1828, S., 28, 1, 279. — Angers, 25 février 1829, S., 29, 2, 187. — Lyon, 5 février 1869, S., 69, 2, 250. — Agen, 7 mars 1870, S., 70, 2, 233. — Cass., Req., 2 décembre 1895, S., 96, 1, 321 et la note de M. Tissier, en sens contraire. — Demolombe, IV, nos 68 et 69. — Aubry et Rau, VI, § 553, note 35.

(2) Demolombe, *op.* et *loc. cit.*

soustraire à l'obligation de les payer, ne dénature sa fortune et ne fasse des aliénations simulées!... Sera-t-il possible alors d'assurer le service de la pension? Je n'hésite pas à le croire : qui veut la fin veut les moyens; et la loi qui a créé cette obligation « a donné implicitement aux magistrats le pouvoir d'en garantir l'accomplissement ».

Aubry et Rau (1) se prononcent également en ce sens, et ne permettent aux juges d'obliger le débiteur de la pension à constituer un capital destiné à garantir le paiement des arrérages que dans « le cas où les circonstances indiqueraient, de la part du débiteur, l'intention frauduleuse de se soustraire au paiement de la pension alimentaire. »

Cette jurisprudence est certainement bonne et dans bien des cas présente une réelle utilité. Il arrivera, en effet, très fréquemment, que celui des époux qui n'aura pas obtenu le divorce cherchera par tous les moyens possibles à se soustraire à l'exécution de cette obligation alimentaire; et la constitution d'un capital garantira d'une manière efficace le service de la pension.

Mais nous pouvons généraliser la question et nous demander si, en dehors du cas de fraude, il ne serait pas permis de constituer des sûretés contre le danger résultant seulement d'une mauvaise administration.

On a dit, pour justifier cette extension, que toute obligation *ex lege* devait pouvoir être garantie par le juge : « Quand deux particuliers contractent ensemble, il est loisible à celui qui, en échange de ce qu'il donne, devient créancier de l'autre, de ne traiter que moyennant des sûretés, et l'art. 1188 C. Civ. devient en ce cas sa protection. Le devoir, l'obligation résulte-t-elle au contraire de la loi dans des circonstances prévues? Le juge, parlant pour celui qui trouve son recours dans la loi doit pou-

(1) Aubry et Rau, *op.* et *loc. cit.*

voir assurer la sanction du droit. En vain dira-t-on que la loi a gardé le silence sur ce point; puisqu'elle crée une obligation, elle en veut l'exécution et, si cette exécution paraît douteuse ou menacée, la préoccupation du juge doit se porter sur cette éventualité, comme le ferait un créancier ordinaire pour la défense de ses intérêts (1) ».

Cette raison paraît sérieuse. Il s'agit bien là d'une obligation *ex lege* pour l'exécution de laquelle l'époux gardien, dans son intérêt et dans celui de ses enfants, doit être en droit de réclamer des sûretés. Il ne s'agit même pas, à proprement parler, d'une pension alimentaire mais du devoir pour les époux d'élever leurs enfants et de leur donner l'éducation (art. 203 C. Civ.), devoir résultant de leur paternité et qui incombe à tous deux. Se peut-il que la loi, après avoir créé le devoir, soit restée insouciante de son accomplissement?

On dit que l'action Paulienne suffira; mais ce recours n'est ouvert que contre la fraude et non pas contre la dissipation. Contre la dissipation il y a bien d'autres recours, mais qui seront trop tardifs.

L'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1895 que nous avons cité, fait l'application de cette théorie d'une manière très large; il décide qu'il n'est pas nécessaire de constater une fraude; dans l'espèce, l'état de santé de la mère, débitrice de la pension, ses « agissements », la constatation qu'il avait été nécessaire de lui constituer un conseil judiciaire, ce qui prouve des habitudes de dissipation, ont paru suffisants aux juges pour leur permettre d'ordonner le dépôt d'un capital destiné à garantir le paiement de la pension.

Mais on peut faire, en droit, une objection très grave à ce système: « Est-il vrai, a-t-on dit (2), que le juge

(1) Rapport de M. le Conseiller Denis, sous l'arrêt de Cass. du 2 décembre 1895, précité.

(2) M. A. Tissier, note sous Cass., 2 décembre 1895, précité.

puisse assurer l'exécution des obligations légales comme un créancier peut assurer l'exécution des obligations nées de la convention ? Comment alors expliquer que la loi ait elle-même, en créant des obligations, déterminé pour quelques-unes d'entre elles des sûretés qu'elle n'a pas établies pour les autres ? Dans certains cas qui lui ont paru favorables, elle a organisé des hypothèques légales; dans d'autres, elle veut une caution. Peut-on dire, après cela, que c'est le juge qui aura le pouvoir arbitraire d'établir toutes les sûretés nécessaires pour l'accomplissement des obligations établies par la loi ? De même que, dans les obligations nées d'une convention, le créancier exige des sûretés, on comprend que la loi en établisse elle-même pour l'exécution des obligations qu'elle crée ; mais on s'explique moins facilement le pouvoir donné aux juges de choisir les sûretés devant garantir les obligations nées de la loi ; ils ne créent pas ces obligations, pas plus qu'ils ne créent les obligations nées du contrat ; ils les font respecter, de même qu'ils font respecter les obligations contractuelles ou autres. Il semble juridique de décider que, pas plus que pour les obligations nées de la convention, le juge ne peut ajouter des sûretés et des garanties à celles que la loi a prévues elle-même ou qui résultent de la convention. La loi aurait pu, en matière de pension, donner au juge le pouvoir d'exiger certaines sûretés, et notamment la constitution d'un capital ; elle ne l'a pas fait. »

Ces raisons, il faut l'avouer, nous laissent fort perplexe, et c'est avec une grande hésitation que nous persistons à nous rallier à l'opinion de la jurisprudence. En droit, elle peut soulever quelques critiques, et la justification qu'en a donnée M. le Conseiller Denis, dans le rapport que nous avons cité, peut ne pas paraître suffisante ; mais, par ce moyen, la jurisprudence arrive à sauvegarder des intérêts éminemment respectables, ceux des enfants, et nous ne pouvons que l'en approuver. En

tout cas, nous croyons que la question doit être généralisée : Si l'on admet que les juges peuvent, lorsqu'ils craignent la fraude du débiteur, assurer le paiement de la pension par des sûretés spéciales, il nous semble logique de dire qu'ils ont également cette faculté dans tous les cas où il est à craindre que, pour un motif quelconque, le débiteur n'exécute pas ses obligations.

Cette question peut soulever une autre difficulté. Lorsque la mère aura obtenu le divorce et la garde de l'enfant, et que le jugement aura décidé que le père contribuera aux frais d'entretien et d'éducation pour une certaine part, dont il devra s'acquitter sous forme de pension, le paiement de cette pension sera-t-il garanti par l'hypothèque légale de la femme ? Cette hypothèse présente, elle aussi, un grand intérêt pratique.

Ecartons d'abord une objection : on pourrait prétendre qu'il ne peut être question d'hypothèque légale, la pension due par le mari, aux termes du jugement de divorce, étant une créance de l'enfant, et non de la femme mariée. Ce n'est pas exact : le tribunal ne statue pas sur une demande de pension alimentaire introduite au nom de l'enfant ; il s'agit de la part mise à la charge du mari dans les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, et qu'il doit payer à la mère chargée de ces soins. C'est une créance de la femme contre son mari, et nous devons nous demander si les termes des art. 2121 et 2135 C. Civ. permettent de la comprendre parmi celles dont l'hypothèque légale garantit le paiement.

On admet généralement que l'hypothèque légale attribuée à la femme sur les biens de son mari par l'art. 2121 C. Civ., ne se restreint pas aux créances nées du régime matrimonial adopté par les époux, de l'administration du mari, en un mot du contrat de mariage, mais qu'elle s'étend à toutes les créances dérivant, au profit de la femme, des relations entre époux, c'est-à-dire du

mariage (1). Aubry et Rau (2) enseignent « que la femme mariée a hypothèque non seulement pour les trois catégories de créances spécialement mentionnées en l'art. 2135, mais pour tous les droits indistinctement qu'à raison de faits ou d'actes relatifs à son patrimoine, elle peut avoir à exercer contre son mari en cette qualité, à un titre et pour une cause quelconques. En effet, l'art. 2121, qui est le siège de la matière, attribue à la femme mariée l'hypothèque légale pour sûreté de ses droits et créances sans distinction ; et si l'art. 2135 mentionne spécialement trois espèces de créances, il le fait uniquement pour fixer les différentes époques auxquelles remonte l'hypothèque légale attachée à chacune de ces catégories, et nullement pour refuser le bénéfice de l'hypothèque aux créances qui ne rentreraient pas exactement dans l'une ou l'autre de ces catégories (3) ».

Et la Cour de Cassation (4) admet que « des termes généraux de l'art. 2121 C. Civ., il résulte que l'hypothèque légale, conférée à la femme sur les biens de son mari, pour sûreté de ses droits et créances, les garantit tous sans exception. »

Par suite de cette interprétation large des art. 2121 et

---

(1) On peut dire, avec la Cour de Nancy (3 juin 1882, S., 82, 2, 248), « que cet article s'exprime dans les termes les plus généraux, qu'il ne distingue pas entre les droits ou créances qui appartiennent à la femme contre son mari en vertu du contrat passé devant le notaire et les droits ou créances qu'elle peut avoir contre lui en vertu du contrat passé devant l'officier de l'état civil ; qu'on n'aperçoit pas pour quels motifs les uns seraient protégés plus efficacement que les autres. »

(2) Aubry et Rau, 5e éd., p. 371, § 264 *ter*, texte et note 7. — *Sic*, Demante et Colmet de Santerre, IX, 105 *bis*, 16. — Vigié, III, n° 1341. — Laurent, 30, n° 346. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 980.

(3) Quelques auteurs, cependant, limitent l'étendue de l'art. 2121 et en restreignent la portée aux créances nées au profit de la femme de la gestion par le mari du patrimoine de celle-ci (Troplong, II, n° 418 *bis*. — André, *Traité du régime hyp.*, 632-8°).

(4) Civ., Cass., 25 juin 1895, S., 95, 1, 348.

2134 du C. Civ., les auteurs et la jurisprudence décident généralement, dans une hypothèse voisine de celle que nous avons à examiner, lorsqu'il s'agit de la pension due à la femme après le divorce, que cette créance de la femme est garantie par son hypothèque légale (1). « Le droit pour la femme de réclamer des aliments à son mari en vertu des art. 212 et 214 C. Civ., disent encore Aubry et Rau (2), constitue à son profit une créance d'une nature spéciale qui entre dans son patrimoine par le fait même du mariage, et doit dès lors bénéficier de la garantie attachée à toutes les valeurs composant ce patrimoine. »

Il nous paraît exact d'étendre cette solution à notre hypothèse : la garde de l'enfant a été attribuée à la femme, et le mari doit payer une pension à cette dernière. La créance de la femme est bien une créance de femme mariée contre son mari ; c'est bien par suite de son mariage que la femme est devenue créancière de son mari pour la part de celui-ci dans les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, et par conséquent, l'hypothèque légale doit garantir cette créance. Le principe de la loi est le suivant : le législateur attribue une hypothèque légale pour la garantie des droits et créances des femmes mariées sur les biens de leurs maris ; le texte est général : il faut que la créance appartienne à une femme mariée, qu'elle soit née en sa personne ; il faut, de plus,

---

(1) Aubry et Rau, 5e éd., III, p. 371, § 264 *ter*, note 8 *bis*. — Guillouard, *Priv. et hyp.*, II, n° 774. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 981. — Nancy, 3 juin 1882, S., 82, 2, 248. — Dijon, 16 juin 1893, D., 94, 2, 25 et la note de M. de Loynes. — *Pand. fr.*, 94, 2, 33 et la note de M. Louis-Lucas. — Douai, 16 mai 1895, S., 95, 2, 269 ; D., 98, 2, 105. — Civ., Cass., 25 juin 1895, S., 95, 1, 348 ; D., 97, 1, 553 et la note de M. Léon Michel. — Amiens, 9 juillet 1896, S., 98, 2, 68. — *Contra*, Lyon, 16 juillet 1881, S., 82, 2, 237. — Caen, 21 août 1883, S., 84, 2, 30. — Besançon, 21 décembre 1894, S., 95, 2, 28. — Note de M. Wahl, sous Dijon, 16 juin 1893 et 4 juin 1894, dans S., 95, 2, 25 et les auteurs cités à la note 1.

(2) *Op.* et *loc. cit.*

qu'elle trouve son origine dans sa condition de femme mariée, et qu'elle grève le patrimoine du mari, en sa qualité de mari.

Or, cette obligation à l'entretien des enfants, la loi en « fait une charge du mariage ». Elle pèse sur chacun des époux, et après le divorce, celui qui a la garde de l'enfant peut obliger l'autre à lui payer sa part contributive. Lorsque la femme a obtenu la garde et que le mari a été condamné à lui payer une pension pour sa part dans les frais d'éducation, il y a bien là une créance de femme mariée contre son mari, et l'hypothèque légale en garantit le paiement.

C'est ainsi que l'a décidé la Cour de Nancy dans un arrêt récent (1). Mais il ne nous semble pas qu'elle ait appuyé la solution sur un principe bien certain. L'arrêt reconnaît que le droit pour la mère d'exiger que son mari contribue, par le paiement d'une pension mensuelle, aux charges d'entretien de l'enfant dont elle a la garde, a son fondement dans une obligation dérivant du mariage, mais il ajoute « qu'on est ainsi amené à reconnaître qu'il s'agit là d'une obligation contractée par les deux époux conjointement, et que l'indemnité qui peut être due à la femme par suite de l'acquittement d'une pareille dette doit être garantie par l'hypothèque légale conformément aux dispositions de l'art. 563 C. Com. qui ne fait que reproduire à cet égard les termes de l'art. 2135 C. Civ....; qu'il suffit que l'indemnité due à la femme provienne du paiement d'une dette à laquelle elle s'est obligée durant le mariage avec son époux, pour que cette indemnité soit garantie par l'hypothèque légale. »

La Cour de Nancy semble donc considérer que nous nous trouvons dans les termes de l'art. 2135 C. Civ.; qu'il y a là, à proprement parler, une dette contractée « avec le mari » et pour laquelle la femme peut réclamer

(1) Nancy, 15 avril 1899, S., 1902, 2, 153 et la note de M. A. Tissier.

une indemnité même avant d'avoir payé. Ce point de vue ne nous paraît pas exact : nous l'avons fait remarquer plus haut, le mot ensemble employé par l'art. 203 C. Civ., ne doit pas être interprété dans le sens de « l'un envers l'autre », mais signifie « en même temps », et par suite nous ne pouvons pas dire que l'avance faite par la femme des frais d'entretien de l'enfant, et dont le mari doit sa part, soit une dette à laquelle elle s'est obligée durant le mariage, avec son époux, dans les termes de l'art. 2135 C. Civ.

Il est plus juridique, selon nous, de considérer que le cas qui nous intéresse rentre dans l'application de l'article 2121, interprété de la façon large que nous avons indiquée. C'est cette interprétation qui est généralement admise en ce qui concerne la pension due par le mari à la femme après divorce ; il est bien difficile de ne pas l'étendre à notre hypothèse.

CHAPITRE VIII

Des événements qui mettent fin à la garde ou en modifient l'attribution.

La majorité, l'émancipation ou la mort de l'enfant mettront fin à la garde. Il n'y a là aucune difficulté à prévoir. A sa majorité ou à son émancipation, l'enfant devient libre de disposer de sa personne et de ses biens, et les dispositions prises à son sujet par le jugement de divorce doivent cesser.

A son décès, aucune difficulté ne devrait être soulevée. La pratique nous en offre pourtant un exemple : l'époux auquel la garde avait été confiée émettait la prétention de voir sa situation se perpétuer même après le décès de l'enfant, et d'avoir seul le choix de la sépulture. Le tribunal a décidé avec raison, que la mort de l'enfant fait disparaître la situation privilégiée du conjoint qui avait obtenu la garde, et que sa sépulture doit être accessible aux deux parents (1).

Mais le décès du gardien ne met pas fin à la garde.

Quand celle-ci avait été confiée à un tiers, l'enfant ne reviendra pas pour cela sous la garde de ses père et mère. Le tribunal ne les en avait jugés dignes ni l'un ni l'autre ; il devra décider à nouveau à qui elle

---

(1) Trib. de Chartres, 27 mars 1890. — *Gaz. pal.*, 19 avril 1890.

devra être confiée, à moins que les circonstances ayant changé, il ne l'attribue cette fois à l'un d'eux.

Si le gardien était l'un des époux, il est certain que le survivant aura la tutelle des enfants mineurs, et il faut décider, bien que la question soit controversée, qu'il acquerra en même temps la garde de leur personne.

On argumente en sens contraire en disant que les mesures prescrites ont été ordonnées pour le plus grand avantage des enfants, conformément à l'art. 302. C'est pour ce motif que la garde de l'enfant a été enlevée à celui qui vient la réclamer après le décès de son ancien conjoint. Mais qu'importent ce décès et la dissolution du mariage qui en a été la conséquence; l'intérêt de l'enfant est toujours le même, et si au moment du divorce il avait été nécessaire de l'enlever à l'un des époux pour le confier à l'autre, la mort de ce dernier ne doit pas modifier cet état de choses (1).

Nous répondrons que les effets du divorce ne sauraient survivre au décès de l'un des anciens époux; le survivant recouvre ou acquiert de plein droit l'exercice de la puissance paternelle avec tous ses attributs (2). C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1892 (3): « la mort de la mère à qui le jugement de divorce avait confié la garde de l'enfant, a pour résultat, *ipso jure*, de restituer le père dans celui de ses attributs de la puissance paternelle qui avait été détaché dans l'intérêt de la mère seule. »

Il n'y a rien là que de naturel; il n'avait encouru aucune déchéance, nous le savons ; la disposition de l'art. 302 s'explique par le désir du législateur de prévenir le conflit auquel peut donner naissance l'existence

---

(1) Paris, 7 juillet 1882, D., 83, 2, 145.

(2) Huc, II, n° 434.

(3) D., 93, 2, 81 et la note de M. de Loynes. — Cass., 13 août 1884, S., 85, 1, 80. — Poitiers, 21 juillet 1890, D., 91, 2, 273.

du père et de la mère investis d'une autorité commune. Mais du moment que tout conflit est impossible, le survivant reprend ses pouvoirs à moins que la famille ne fasse prononcer contre lui la déchéance de la puissance paternelle.

CONCLUSION

Nous croyons avoir suffisamment montré que le législateur avait fait preuve d'une grave imprévoyance en ne réglant pas la condition des enfants après le divorce.

Dans une matière où, à la rigueur, l'usage et les mœurs auraient pu tenir lieu de lois, lorsqu'il s'agissait de régler la situation de l'enfant au sein de la famille, il l'a fait soigneusement; l'orphelin dont la mort a détruit le foyer, a paru, lui aussi, digne de toute la sollicitude du législateur et peu de matières ont été réglées d'une façon plus précise que celle de la tutelle. Nous voyons que dès le décès du prémourant des parents, cette protection particulière de l'enfant est mise en jeu, alors que cependant l'autre époux reste et va reporter sur l'enfant toute l'affection qu'il avait donnée à son conjoint.

Et dans cette autre situation, où la famille est désunie, où la rupture est volontaire, la condition des enfants est restée dans le vague et l'indéterminé. Comme il fallait bien qu'on les place quelque part, on a songé à statuer sur la question de leur garde. On n'a rien prévu au-delà.

Pour certains la solution ne saurait présenter de difficulté; ils se refusent à croire que le législateur puisse être taxé d'imprévoyance, et pour eux son silence est volontaire. Il a donné une solution générale, il suffit de s'y reporter : pendant le mariage, le père seul avait

l'exercice de la puissance paternelle; il la conservera donc après le divorce.

Nous avons montré qu'il ne pouvait en être ainsi, et que le principe moderne de l'autorité paternelle devait nous conduire à une solution toute différente. Nous avons fini par nous convaincre que si nous voulions que l'époux qui a obtenu le divorce et auquel a été confiée la garde des enfants, puisse remplir sa mission d'une manière efficace, tous les pouvoirs de la puissance paternelle lui étaient indispensables.

Mais la lacune que le législateur a laissée dans son œuvre n'en est pas moins grave; elle est d'autant plus regrettable que la jurisprudence hésite encore à poser un principe et que, bien souvent, elle se refuse à suivre celui que nous avons admis.

Pourquoi ne pas attribuer expressément l'exercice de cette autorité à l'époux en faveur duquel le divorce aurait été prononcé? Le principe qui a inspiré le nouvel art. 152 du Code Civil devrait être admis de la façon la plus large; le législateur, mis en éveil par l'observation d'un cas particulier, aurait dû proclamer le principe qu'il en avait tiré et consacrer le droit de l'époux gagnant partout où il devrait l'être.

C'est dans l'art. 302 que devrait être posée la règle générale, et il pourrait, en substance, être rédigé de la façon suivante : attribution de l'exercice de la puissance paternelle à l'époux qui aurait obtenu le divorce — auquel, en principe, serait confiée la garde de l'enfant; — faculté pour les tribunaux de déroger à cette règle, pour le plus grand avantage des enfants, en donnant la garde à l'autre époux ou à une tierce personne; obligation pour le tribunal de décider, au cas de divorce prononcé aux torts réciproques des époux, auquel des deux appartiendra l'exercice de la puissance paternelle.

La loi devrait, en outre, préciser et délimiter partout où il en est besoin, les droits de l'époux qui n'a pas ob-

tenu le divorce, et auquel néanmoins la garde a été confiée, en face de son conjoint attributaire de l'exercice de la puissance paternelle.

Ce serait mettre fin à l'incertitude théorique où se débat la doctrine au sujet d'un problème que le législateur livre à toutes les solutions; ce serait enlever à la jurisprudence, aux prises avec les espèces, l'embarras de faire un choix parmi tous les systèmes proposés.

Vu :

ALBERT TISSIER.

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 20 octobre 1903.

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION v

PREMIÈRE PARTIE

Historique.

CHAPITRE PREMIER. — Droit romain 1
CHAPITRE II. — L'ancien droit et le droit intermédiaire 7

DEUXIÈME PARTIE

Législation actuelle.

CHAPITRE PREMIER. — Caractères généraux de la puissance paternelle 11

CHAPITRE II. — Les différents systèmes sur l'exercice de la puissance paternelle après le divorce 17

CHAPITRE III. — Le droit de garde pendant l'instance de divorce 29
SECTION I. — La législation du Code et la loi du 24 juillet 1884 29
SECTION II. — Législation actuelle 31
A. — Mesures provisoires ordonnées par le président du Tribunal 32
B. — Mesures provisoires ordonnées par le Tribunal 47

CHAPITRE IV. — Le droit de garde après le divorce 53
SECTION I. — A qui la garde peut-elle être confiée ? 55
SECTION II. — Caractère provisoire des mesures concernant la garde et Tribunal compétent pour les réformer 62
SECTION III. — Exécution des mesures relatives à la garde des enfants 65
SECTION IV. — Voies de recours 71

CHAPITRE V. — Étendue du droit de garde. Ses conséquences.. 79
Section I. — Le droit de correction 81
Section II. — Le droit de jouissance légale 87
Section III. — Le droit d'administration légale 92
Appendice. — Du domicile de l'enfant après le divorce.. 110
Section IV. — Les autorisations relatives à la vie civile de l'enfant 112
I. — L'émancipation 112
II. — Le consentement au mariage et à l'entrée dans les ordres religieux ou sacrés 116
III. — Le consentement à l'adoption 119
IV. — Le consentement à l'engagement militaire 120
CHAPITRE VI. — Pouvoirs du gardien. Surveillance de l'exercice de la puissance paternelle et de la garde 123
CHAPITRE VII. — De la contribution aux frais d'entretien et d'éducation des enfants 127
CHAPITRE VIII. — Des événements qui mettent fin à la garde ou en modifient l'attribution 143
CONCLUSION 147

Dijon. Imp. Jacquot et Floret